

DES RAPPORTS

DU

COMMETTANT AVEC LE COMMISSIONNAIRE

DANS LA

COMMISSION EN MATIÈRE DE MARCHANDISES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

le Vendredi 21 Décembre 1900, à 3 heures de l'après-midi

PAR

Abel LE PELLERIN

AVOCAT

BAYEUX

IMPRIMERIE-LIBRAIRIE AD. AUVRAY

Rues Saint-Martin, 62 et Genas-Duhomme

1900



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548613_0003

UNIVERSITÉ DE CAEN — FACULTÉ DE DROIT

DES RAPPORTS

DU
COMMETTANT AVEC LE COMMISSIONNAIRE
DANS LA
COMMISSION EN MATIÈRE DE MARCHANDISES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

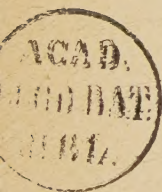
DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

le Vendredi 21 Décembre 1900, à 3 heures de l'après-midi

PAR

Abel LE PELLERIN

AVOCAT



BAYEUX

IMPRIMERIE-LIBRAIRIE AD. AUVRAY

Rues Saint-Martin, 62 et Genas-Duhomme

1900

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

Année scolaire 1900-1901

DOYEN :

M. Edmond VILLEY (*, I. ☉), correspondant de l'Institut, membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique.

PROFESSEUR HONORAIRE :

M. TOUTAIN (* I. ☉), ancien professeur de *Droit administratif*.

PROFESSEURS :

MM. DANJON (I. ☉), assesseur du Doyen, professeur de *Droit commercial*, chargé des cours de *Droit maritime* et de *Droit civil approfondi et comparé*.

Edmond VILLEY (*, I. ☉), professeur d'*Economie politique*, chargé des cours de *Droit constitutionnel comparé* et de *Législation financière*.

LAISNÉ DES HAYES (☿, A. ☉), professeur de *Droit romain*, chargé d'un cours de *Droit civil*.

GUILLOUARD (*, I. ☉, C.✚, G.O.✚, C.I.C. ✚, O.✚, L. ✚), professeur de *Droit civil*.

LEBRET (I. ☉), professeur de *Droit civil* (député du Calvados), ancien Ministre de la Justice.

CABOUAT (I. ☉), professeur de *Droit international public et privé*, et de *Législation industrielle*.

Ambroise COLIN (I. ☉), professeur de *Droit civil*, agrégé à la Faculté de Droit de Paris.

BIVILLE (A. ☉), professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours de *Droit administratif*.

DEBRAY, professeur de *Droit romain* et chargé du cours d'*Histoire du Droit français*.

AGRÉGÉS :

MM. René WORMS (I. ☉, ☿, C. ✚), chargé des cours d'*Economie politique* et d'*Histoire des doctrines économiques*.

LE FUR, chargé des cours de *Droit administratif* et d'*Eléments du Droit constitutionnel*.

ASTOUL, chargé d'un cours de *Droit romain*, du cours de *Pandectes* et du cours sur la *Coutume de Normandie*.

DEGOIS, chargé du cours de *Droit criminel*.

CHARGÉS DE COURS :

MM. ARON, chargé des cours d'*Histoire générale du Droit français* et d'*Histoire du Droit public français*.

PILON, chargé d'un cours de *Droit civil*.

SECRÉTAIRE :

M. GILLET (I. ☉), secrétaire de l'Université de Caen.

JURY D'EXAMEN

MM. DANJON, Professeur, *Président de la Thèse* ;
LAISNÉ DES HAYES, Professeur ;
ASTOUL, Agrégé.

BIBLIOGRAPHIE

- ACCARIAS. — *Précis du Droit romain*, 4^e éd. t. II, n^{os} 634, 653 et p. 429.
- ALAUZET. — *Commentaire du Code de commerce*, t. II, n^{os} 836, 844, 852, 859, 868.
- Annuaire de Législation étrangère*, 1873, p. 385.
- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 4^e éd., I. IV, p. 441 et 725.
- BÉDARRIDE. — *Droit Commercial (des Commissionnaires)*, n^{os} 42, 44, 57, 82, 87, 97, 137, 216.
- BOISTEL. — *Précis de Droit commercial*, n^{os} 520 et s., 529 et p. 366.
- BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT. — *Traité de Droit commercial*, t. II, n^{os} 250, 255, 261, 269, 278, 297.
- CASAREGIS. — *Disc.* 20 n^o 34, 30 n^o 93, 36 n^o 25, 102 n^o 37, 125 n^o 22, 225 n^o 18.
- DALLOZ. — *Recueil périodique*, années 1810 à 1900.
Répertoire alphabétique, v. *Commissionnaires*.
Supplément au Répertoire.
- DANJON. — *Eléments de Droit maritime commercial*, n^o 225 2^e alinéa.
- DELAMARE et LE POITVIN. — *Traité du Contrat de Commission*, t. I et II.
- FREMERY. — *Etudes du Droit commercial*, p. 22.
- Gazette du Palais*.

Gazette des Tribunaux.

GIRARD. — *Manuel du Droit romain*, 1^{re} édit., p. 568.

GUILLOUARD. — *Du mandat*, n^{os} 100, 120 133, 136 et p. 502
et 511. *Du nantissement*, p. 301 *in fine*.

JOUSSE. — *Commentaire de l'ordonnance de 1673*, t. vi, p. 18.
La Loi.

Le Droit.

LOCRE. — *Esprit du Code de commerce*, t. i, art. 91, n^o 4.

LYON CAEN et RENAULT. — *Traité du Droit commercial*, t. III,
n^{os} 430 et s.

MARCADÉ et PONT. — *Des petits contrats*, t. i, n^o 982 —
Code civil, t. VIII, n^o 1002.

MERLIN. — *Répertoire de législation*, v, *Mandat* 394.

PARDESSUS. — *Cours de Droit commercial*, n^o 564, 572, 576.

PERSIL et CROISSANT. — *Commentaires sur les commission-
naires.*

POTHIER. — *Traité des obligations*, n^{os} 224, 266, 805 — *Du
Mandat*, n^{os} 63, 77, 176, 97.

Revue internationale du Droit maritime, l. III, p. 414.

Recueil des arrêts de Caen et de Rouen.

ROTÆ GENUÆ DECISIONES. — *Déc.*, 165.

RUBEN DE COUDER. — *Dictionnaire de Droit commercial*, v.
Commissionnaires, l. III, n^o 163.

SAVARY. — *Le parfait négociant*, l. III, chap. 1^{er} et chap. III.

THALLER. — *Cours de Droit commercial* n^{os} 240, 934, 937,
1109.

TROPLONG. — *Du mandat*, n^{os} 270, 402, 426, 497.

Du nantissement, n^{os} 145, 323.

VALIN. — *Nouveau commentaire de l'ordonnance de la
Marine*, l. II, t. X, art. III.

WEISS. — *Pandectes françaises* — v. *Commissionnaires*,

INTRODUCTION

Le contrat de commission que nous nous proposons d'examiner sous une de ses faces, est l'un des plus intéressants et des plus anciens dont notre code de commerce se soit préoccupé.

Son origine lointaine découle de son utilité pratique. Il n'est pas en effet de convention qui soit plus utile au commerce, car elle lui assure la prompte expédition des affaires, tout en étendant son champ d'action.

Persil et Croissant dans leur *Commentaire sur les Commissionnaires* § 1 et 2, ont démontré la nécessité commerciale de ce contrat : « La trop grande multiplicité des affaires confiées à un seul homme, disent-ils, aurait nui à leur prompte expédition. Il n'aurait pu à la fois, acheter au loin, et à des cours favorables, des marchandises de toute nature, les expédier de toutes parts au gré des commandes, faire des recouvrements sur des places étrangères, et s'occuper de tout ce qui a rapport aux opérations de change. Ces inconvénients ont fait sentir le besoin d'établir des

agents qui eussent le pouvoir de faire pour le compte des négociants les affaires que ceux-ci ne pouvaient faire eux-mêmes, ni aussi avantageusement, ni avec autant de célérité, de là l'établissement des commissionnaires ». Nous ne saurions rien ajouter qui démontrât mieux l'utilité du contrat de commission.

Le besoin d'un représentant qui a ainsi donné naissance à ce contrat, s'est manifesté de très bonne heure en matière commerciale. En effet, l'essence du commerce étant d'attirer les marchandises, objet du trafic, d'un pays dans un autre, le commerçant qui ne peut être présent à plusieurs endroits à la fois, est amené nécessairement à se faire suppléer par un représentant. Toutefois, si ce besoin s'est fait sentir de bonne heure, ce n'est pas tout d'abord par le contrat de commission, tel qu'il est organisé aujourd'hui, que la pratique l'a satisfait. Dans les diverses localités qu'ils exploitaient, les commerçants eurent d'abord des commis ou facteurs, qui les représentaient sur les marchés de production ou de consommation. Si ce système procurait de grands avantages, il offrait aussi beaucoup d'inconvénients. Le patron était obligé d'accorder à son commis une confiance sans bornes dont celui-ci pouvait abuser de façon à compromettre la fortune de son maître. En outre, le facteur était attaché à la maison d'une manière permanente, touchait une rémunération fixe dont le montant pouvait, dans certaines circons-

tances, surpasser de beaucoup le bénéfice né de l'opération.

On comprend aisément que les commerçants aient essayé de remédier à cet état de choses, et de profiter des avantages de l'institution sans en courir les dangers. Alors vint l'idée de créer des mandataires, qui, pour chaque opération déterminée, seraient obligés de suivre des instructions spéciales, et seraient payés proportionnellement aux affaires effectuées. Il semblait que pour réaliser cette idée les commerçants n'eussent eu qu'à recourir à un instrument déjà en leur possession, au contrat de mandat. Mais le mandataire agissant au nom du mandant, et celui-ci étant seul obligé, le moyen se trouvait insuffisant. Il l'était surtout dans les matières commerciales, où l'on a intérêt quelquefois à rester inconnu ; le tiers n'aurait consenti à traiter qu'après avoir pris sur le mandant, qui serait devenu son seul obligé, tous les renseignements nécessaires, ce qui aurait nui au secret et à la célérité des opérations commerciales. Il est donc naturel que l'on ait eu recours de bonne heure au commissionnaire.

Nous ne croyons pas toutefois qu'il fût connu des Romains. Nulle part, dans les textes, on ne trouve de définition ou de formule s'appliquant à la commission, et cela s'explique, puisque la loi romaine avait établi ce principe fondamental : que les parties devaient accomplir elles-mêmes les formalités néces-

saires à la perfection du contrat. De plus, les enfants et les esclaves étaient les agents gratuits du père de famille, et le représentaient à la tête des comptoirs qu'il établissait dans les différentes parties du monde. Le pater familias n'employait pas un tiers dont la personnalité juridique fut en dehors de la sienne.

Les petites républiques de la Grèce, a-t-on dit, eurent au contraire leurs commissionnaires qu'elles désignaient sous le nom de proxènes ou proxénètes. C'est que, pour la plupart, elles étaient obligées d'aller au loin s'approvisionner des denrées et plus particulièrement du blé nécessaire à la subsistance de leurs habitants. Elles durent chercher le moyen de faciliter les transactions au dehors. Le proxène n'était cependant pas un commissionnaire proprement dit, mais plutôt un agent consulaire, hôte et mandataire de tous les citoyens de la république étrangère qui lui avait confié cet office. Le proxénète se rapprochait surtout du courtier. C'était le commis ou facteur dont nous avons parlé, chargé de représenter son patron en toute circonstance, et recevant une rémunération fixe. Mais le commissionnaire proprement dit n'était pas connu chez les Grecs, et aucun texte n'y mentionne son existence.

Les invasions barbares et la chute de l'empire romain ruinèrent toute espèce de commerce, en bouleversant le monde ancien. Les relations commerciales mirent en rapport l'Orient avec l'Occident;

et l'Italie, la première affranchie du pouvoir féodal, fut le foyer et le point de départ de cette renaissance commerciale. Les républiques puissantes de Gênes, de Venise, de Florence, sillonnèrent les mers de leurs flottes nombreuses, et mirent en rapport tous les pays commerciaux. Le mouvement imprimé par l'Italie se communiqua à l'Allemagne où nous trouvons la vaste confédération commerciale des villes du Nord, dont Hambourg et Lubeck sont les têtes de lignes.

Cependant, les communications n'étaient pas sûres, et le crédit commercial n'existait pas encore. Aussi fallut-il recourir à l'emploi de mandataires fidèles auxquels on confia le soin d'acheter telle ou telle espèce de marchandises, pour remplacer la cargaison vendue. Ceux-là furent les vrais commissionnaires. C'est à l'Italie que revient l'honneur d'avoir donné un nouvel essor au commerce par la création des commissionnaires. Aussi sera-ce dans les écrits des jurisconsultes de cette nation surtout de Straccha et de Casarégis, que nous trouverons les documents les plus nombreux sur le contrat de commission. « Souvent, dit M. Thaller, au Moyen-Age, les maisons de commerce, faute de renseignements sur les acheteurs importateurs, ont à l'étranger des comptoirs, maisons indépendantes aux yeux des étrangers, remplissant le rôle de commissionnaires pour elles ». (*Tr. de Droit commercial 2^e éd. n° 1109 p. 585*).

En France, le mouvement commercial se dessina plus tard. Le commerce, paralysé par les usages féodaux, n'existait guère que de ville à ville. D'un autre côté, le trafic était considéré comme peu honorable. Cependant, le commerce ne sombra pas dans notre pays. Il se maintint surtout dans les foires qui perdirent tout caractère politique ou administratif pour devenir exclusivement commerciales. Chacun y vendait ou achetait, soit par lui-même ou par d'autres personnes, chargées d'exécuter telle ou telle opération. C'étaient les commissionnaires. Mais, en dehors du temps de foire, le gouvernement avait institué des charges de commissionnaires trafiquant au nom et à la place des étrangers, car le droit de faire une opération de commerce dans une ville était réservé aux habitants, que les étrangers pouvaient prendre pour intermédiaires. Ces commissionnaires portèrent le nom de commissionnaires jurés. La qualification de commissionnaire se rencontre dans la fameuse ordonnance de 1673 qui ne toucha pas à l'organisation des commissionnaires jurés. Ce fut Turgot qui leur porta le premier coup en abolissant leur privilège pour la place de Paris. Désormais, chaque commerçant eut le droit d'employer la personne qu'il voulait comme commissionnaire.

Les auteurs du code de commerce trouvèrent le contrat de commission établi; ils le réglementèrent

dans les articles 91 à 95 qui reconnaissent au commissionnaire le droit d'agir en son nom, et lui accordent un privilège pour ses avances et ses frais de commission. Le rapporteur du projet, voulant démontrer toute la valeur du contrat de commission, le considérait comme utile au commerce, même quand le propriétaire des marchandises pouvait les vendre sur place, car en consignait ces marchandises, c'est un moyen pour lui, disait-il, de se réserver tout entier aux soins qu'exige leur fabrication. Il est affranchi d'une préoccupation considérable, celle d'écouler ses produits et de rechercher la clientèle. « Il n'y a rien tant qui maintienne le commerce, dit Savary, dans son *Parfait Négociant*, livre 3, chap. 1, que les commissionnaires ou correspondants; car par leur moyen les marchands et banquiers peuvent négocier dans tout le monde sans sortir de leur magasin ou comptoir ».

Nous examinerons dans cette étude le contrat de commission en matière de marchandises sous l'un de ses côtés les plus importants : Les rapports du commettant avec le commissionnaire, et les effets de ces rapports. C'est à la recherche de ces rapports que nous limiterons notre étude.

Nous traiterons dans une première partie des obligations du commissionnaire envers le commettant, du commissionnaire Ducroire; dans une deu-

xième partie de celles du commettant envers le commissionnaire. Nous nous demanderons en troisième lieu quelles sont les garanties que la loi accorde au commettant et au commissionnaire en cas d'inexécution de leurs obligations réciproques.

Les commissionnaires en marchandises dont nous nous occuperons peuvent se subdiviser en deux classes : Les uns faisant seulement les achats, les autres faisant seulement les ventes : d'où des commissionnaires acheteurs ou vendeurs.

Les commissionnaires vendeurs reçoivent dans leurs magasins les marchandises qu'ils sont chargés de vendre. La consignation des marchandises par le commettant désencombre ses magasins, et en rend l'achat plus facile. Cependant la commission pour vendre est moins fréquente et les commissionnaires vendeurs moins nombreux qu'autrefois. Les communications de plus en plus rapides permettent de vendre sur échantillon ; de plus les magasins généraux remplissent l'office de consignataires, et de nos jours les commis voyageurs, représentants de commerce, remplacent les commissionnaires vendeurs. La facilité des communications a sensiblement diminué aussi le nombre des commissionnaires acheteurs, car les négociants peuvent se transporter facilement là où ils veulent acheter. Mais les commissionnaires acheteurs, par leur connaissance spéciale des marchandises, peuvent être d'une grande

utilité. Aussi leur nombre n'a-t-il que peu diminué bien qu'en général des commis acheteurs les aient remplacés dans les grands magasins de Paris.

On peut diviser aussi à un autre point de vue les commissionnaires en deux classes : ceux qui agissent en leur nom personnel pour le compte d'un commettant et ceux qui agissent pour le commettant. Mais les premiers sont bien plus fréquents que les seconds, et la jurisprudence a décidé que le commissionnaire, alors qu'il n'explique pas formellement qu'il n'entend opérer qu'au nom de son commettant, doit être présumé traiter la commission en son nom personnel, et que le seul fait de l'indication de celui pour le compte de qui l'opération est faite, doit être considérée d'après les usages du commerce comme n'étant pas à elle seule suffisante pour renverser ladite présomption et empêcher le commissionnaire d'être personnellement obligé envers les tiers (Caen, 12 décembre 1888 — *Recueil arrêts Caen et Rouen 1889* — 2 — 52/).

PREMIÈRE PARTIE

Des obligations du commissionnaire envers le commettant

Le commissionnaire qui agit pour le compte d'un commettant peut conclure l'opération au nom du commettant, ou, ce qui est le cas le plus fréquent, en son nom personnel. Or l'article 95 du *Code de commerce* déclare : « Les devoirs et droits du commissionnaire sont réglés par le *Code civil* livre III, titre XIII ». Cette règle importante régit tous les rapports que le commissionnaire peut avoir avec son commettant ou avec les tiers, et s'applique également à toute espèce de commissionnaire, qu'il agisse en son nom ou au nom du mandant. En général, les rapports du commettant et du commissionnaire seront régis par les dispositions du code civil sur le mandat.

Les législations étrangères se sont inspirées du même principe. En Allemagne, avant la rédaction des codes de commerce on appliquait à la commission les règles du droit civil sur le mandat. Depuis,

à défaut d'usages contraires, le droit civil particulier de chaque état Allemand s'applique sur les points non réglés par les codes de commerce.

La loi portugaise (art. 267) admet aussi l'existence entre le commettant et le commissionnaire de droits et d'obligations semblables à ceux du mandant et du mandataire sous les modifications indiquées au chapitre de la commission.

Le code italien admet le même principe.

En Angleterre, on distingue le factor, commissionnaire nanti de la possession des marchandises, du broker qui ne possède pas. Le commettant s'appelle principal; l'équité et les usages du commerce forment la loi des parties. (Colfavru. — *Droit commercial comparé de la France et de l'Angleterre*, p. 162).

Les rapports du commissionnaire et du commettant dans la loi belge sont régis par la loi française, y compris les modifications apportées par notre loi du 23 mai 1863, reproduite par la loi belge de 1872. (*Annuaire de la législation étrangère* 1873 p. 385).

Enfin le système hollandais, modifié par une loi du 4 juillet 1874, est maintenant semblable au nôtre. En résumé, toutes les législations établissent que les rapports entre mandant et mandataire sont les mêmes que ceux qui existent entre commettant et commissionnaire.

Les règles générales du mandat subissent cepen-

dant dans le contrat de commission quelques modifications suivant la nature des opérations à faire, et suivant les usages et besoins du commerce. Le commissionnaire, vis-à-vis du commettant, comme le mandataire, vis-à-vis du mandant, est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé, et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution. Sans doute la convention peut étendre ou restreindre les obligations ; mais le commissionnaire a généralement trois devoirs principaux à remplir :

1° Exécuter l'opération dont il a été chargé en se conformant aux ordres reçus ;

2° Renseigner le commettant et lui garder le secret ;

3° Rendre compte de l'opération qu'il a accomplie.



CHAPITRE PREMIER

DE L'OBLIGATION D'EXÉCUTER LES ORDRES DU COMMETTANT

§ I. — *Nature et étendue de cette obligation.*

§ II. — *Nature et étendue des instructions données par
le commettant.*

Art. 1. — *Des conditions facultatives.*

Art. 2. — *Des conditions impératives.*

Art. 3. — *Des conditions indicatives.*

§ III. — *Portée de la responsabilité du commissionnaire
qui s'écarte des ordres reçus.*

Art. 1. — *Cas où le commissionnaire a
acheté à un prix supérieur à celui fixé.*

Art. 2. — *Cas où le commissionnaire a vendu
à crédit au lieu de le faire au comptant.*

§ IV. — *Des actes accessoires à l'opération.*

§ V. — *De l'assurance en matière de commission.*

§ VI. — *Le commissionnaire a-t-il le droit de faire
pour lui-même l'opération dont il est chargé ?*

§ VII. — *De la substitution en matière de commission.*

Art. 1. — *Cas où le contrat n'autorise ni ne défend la substitution.*

(a) *Le commissionnaire a le pouvoir de faire l'opération a lui confiée.*

(b) *Il en est empêché par cas fortuit ou force majeure.*

Art. 2. — *Cas où le contrat autorise la substitution.*

Art. 3. — *Cas où le contrat prohibe la substitution.*

CHAPITRE PREMIER

DE L'OBLIGATION D'EXÉCUTER LES ORDRES DU COMMETTANT

§ I

Nature et étendue de cette obligation

Quel qu'il soit, vendeur ou acheteur, le commissionnaire doit exécuter les ordres du commettant. Ceci est évident et découle de l'acceptation du mandat : « Lorsqu'une personne accepte un mandat, dit M. Guillouard, elle contracte l'obligation de l'accomplir intégralement. Chacun est libre d'accepter ou de refuser un mandat, au moins lorsqu'il s'agit de mandat conventionnel, mais lorsque le mandat est une fois accepté le mandataire est lié par son acception et tenu d'exécuter tous les actes qui rentrent dans la mission à lui confiée. » (*Du Mandat*, p. 430 n° 100).

Cette vérité, enseignée par tous les auteurs, a été sanctionnée par la jurisprudence. (Voir en ce sens : Lyon 26 avril 1849 — Trib. com. — Marseille 17 mars 1893 — Aix 15 janvier 1894. — *Pandectes françaises*. Voir *Commissionnaire* n° 113).

Quels principes doivent guider le commissionnaire dans l'accomplissement des ordres donnés ?

Il doit nous dit le code agir en bon père de famille. MM. Lyon-Caen et Renault substituent avec raison l'expression de commerçant soigneux à celle de bon père de famille, car elle est plus exacte en matière commerciale. C'est aussi celle employée par le code de commerce allemand. Le commissionnaire ne devra user d'aucun moyen deshonnête, mais se conformer aux préceptes de la plus scrupuleuse loyauté. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris a décidé que, bien qu'agissant en son nom personnel mais pour le compte d'autrui, le commissionnaire en marchandises est dans ses rapports avec son commettant un véritable mandataire. Celui qui a reçu en cette qualité des marchandises pour en opérer la vente, commet un abus de confiance lorsqu'il les détourne au préjudice de son commettant. (Paris — chambre correctionnelle 6 mars 1882 — *Gazette du Palais* 1881-82 tome 1 p. 484. V. même sens Lyon 23 août 1831. S. 1848-2-485 — D. P. 1833-2-69).

Si le commissionnaire commet une faute dans l'accomplissement de la commission, on doit poser en principe qu'à défaut de dispositions dérogatoires aux règles du droit commun, il ne saurait être tenu de ses fautes autrement qu'un mandataire. Il nous faut cependant faire une distinction, car le manda-

taire n'étant pas payé, n'est tenu que du dol et de la faute lourde. La loi se montre à juste titre plus sévère pour le commissionnaire, car il est salarié, et doit avoir en conséquence une plus grande responsabilité. Le code civil (art. 1992-2^e alinéa) nous le dit expressément. « La responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire. »

« La responsabilité du commissionnaire dit M. Boistel, s'apprécie plus rigoureusement parce que son mandat est salarié, et encore plus rigoureusement s'il est commissionnaire de profession, parce qu'il se présente au public comme versé spécialement dans les opérations qu'il fait. » (*Précis de droit commercial* n° 520. Alauzet — *Commentaire sur les commissionnaires* t. II n° 852 etc.)

La Cour de Paris a déclaré le commissionnaire garant des défauts de la marchandise achetée par son intermédiaire, même de ceux constituant des vices cachés, sans qu'il y ait lieu d'en excepter les vices qui ne peuvent être découverts que par l'analyse chimique, alors qu'il s'agit d'une falsification si fréquente (Dans l'espèce, l'introduction de l'acide salicylique dans la bière) que le législateur, dans de nombreux pays, a dû prendre contre elle les précautions qu'exigeait la santé publique. (Paris 13 juin 1892 — *Gazette du Palais* 1892-2-95) V. dans le même sens — Rouen 28 avril 1858 — D. 1859-2-

133 — Toulouse 5 juillet 1883. *Gazette du Palais* 1886-2-689 — S. 1887-2-188.)

Mais si le commissionnaire est responsable de ses fautes et des vices de la chose, on ne peut cependant pas mettre à sa charge le cas fortuit ou la force majeure, à moins qu'on ne prouve qu'ils ont été créés par sa faute. Il devra seulement prouver qu'il a fait tout ce que son devoir de mandataire l'obligeait à faire pour la bonne et complète exécution de la commission, et qu'il a pris toutes les précautions que la prudence exigeait.

Le cas fortuit ou la force majeure peuvent provenir d'événements généraux comme la guerre ou bien du fait d'un tiers comme si le propriétaire de la chose que le mandataire est chargé d'acheter, refuse de la vendre ; ou bien encore du fait du mandant lui-même, qui par exemple ne donne pas au mandataire les instructions nécessaires pour l'accomplissement de son mandat. Il serait injuste de faire supporter au commissionnaire des faits dont il n'est pas cause. La jurisprudence s'est déclarée dans ce sens. Un vice est caché dans le sens de l'article 1641 a-t-elle dit lorsque le seul examen de la chose vendue ne peut le faire découvrir. Il n'y a donc pas lieu dans un achat d'une chose qu'on est, comme le vin, dans l'habitude de goûter, de rendre le commissionnaire responsable si le défaut caché n'est pas de nature à se révéler au goût d'un gourmet habile et exercé.

(Gaillac 17 juillet 1885. V. *Gazette du Palais* 1885. *Répertoire V. Commissionnaire.*) B.

Bien entendu, la volonté des parties peut changer les conventions, et rendre le commissionnaire responsable du cas fortuit, comme dans le cas de la commission Ducroire, car si d'après les principes du droit commun, le commissionnaire n'est pas responsable des objets à lui confiés, qui ont péri dans un incendie dû à un cas fortuit ou de force majeure, il en est autrement quand le dit commissionnaire s'est engagé personnellement, vis-à-vis des déposants, à les garantir même dans ce cas. (Cassation — 28 janvier 1890 — D. P. 1891-1-246.) Mais, en règle générale, si le commissionnaire a agi en bon négociant, on ne peut lui reprocher de n'avoir pas été au-delà et de n'avoir pas agi en très habile commerçant. Cependant, certains auteurs et non des moindres ont exigé du commissionnaire qu'il soit l'homme aux cent yeux. « En fait de commission point de fautes vénielles » : (Delamare et Le Poitvin — *Traité du contrat de commission* t. II n° 226 — V. même sens Troplong — *Du mandat* n° 402). Malgré l'opinion de ces éminents auteurs, nous aimons mieux dire avec MM. Lyon-Caen et Renault qu'à défaut de disposition dérogoire dans le code de commerce, il faut appliquer les principes contenus dans les articles 1137 et 1992 du *Code civil*, c'est-à-dire l'obligation pour le commissionnaire de se conduire en bon

père de famille et de répondre non-seulement du dol, mais des fautes qu'il commet dans sa gestion.

Pour échapper à toute responsabilité, le commissionnaire doit en conséquence agir en commerçant soigneux. Il le fera en se conformant aux instructions de son commettant. C'est la nature et l'étendue de ces instructions que nous allons étudier dans notre deuxième paragraphe.

§ II

Nature et étendue des instructions données par le commettant

Tout commissionnaire, à quelque catégorie qu'il appartienne, est soumis à l'obligation générale de se conformer strictement au mandat qu'il a reçu. Mais il faut que les ordres soient clairs, car en aucun cas un commissionnaire ne peut être responsable de l'inexécution d'un ordre, lorsque cette inexécution provient de l'ambiguïté des termes du mandat, alors surtout que le commettant, avisé par le commissionnaire de l'interprétation donnée par celui-ci aux ordres reçus, n'a rien fait pour la rectifier en temps utile (Rouen 8 août 1870 — *Recueil arrêts Caen et Rouen 1870-2-161*).

Les ordres du commettant peuvent laisser au commissionnaire une liberté d'action plus ou moins grande. Sans doute, quant à la nature de l'acte

juridique à passer, cette liberté ne se conçoit pas : Le commissionnaire recevra un ordre précis et devra l'exécuter : chargé de vendre, il devra vendre ; chargé d'acheter, il devra acheter. Mais au point de vue des moyens à employer pour l'exécution de ces actes, le champ d'action est très large, et des variations sont possibles, quant au prix, quant à l'époque fixée pour le paiement, quant au lieu où l'opération est faite et au temps dans lequel elle est conclue, enfin quant à la qualité et à la provenance des marchandises. Sur tous ces points le commettant peut laisser une assez grande liberté à son commissionnaire ou au contraire lui commander ce qu'il doit faire.

MM. Lyon-Caen et Renault divisent en trois catégories les instructions que peut donner le commettant : « Elles sont impératives, quand d'après la volonté du commettant elles doivent être rigoureusement suivies. Elles sont indicatives quand elles doivent servir de guide au commissionnaire sans que pourtant il lui soit absolument interdit de s'en écarter. Les circonstances de chaque espèce à défaut de déclaration expresse peuvent seules servir à déterminer le caractère des instructions du commettant. Enfin on peut dire que la commission est facultative quand aucune instruction spéciale n'est donnée au commissionnaire. » (*Traité de droit commercial* t. III n° 434).

En fait il est très rare qu'un commettant laisse à son commissionnaire une liberté sans limites. La commission est plus souvent impérative ou indicative. Elle peut même contenir les trois sortes d'instructions; par exemple, dans le cas où je charge mon commissionnaire de me vendre deux chevaux spécifiés, à raison de deux mille francs les deux. Cette commission est impérative quant aux chevaux à vendre; elle peut être indicative quant au prix, puisqu'il peut vendre un cheval neuf cents francs et l'autre onze cents, ce qui fera toujours deux mille. Enfin elle est facultative quant à l'époque de la vente puisque le commissionnaire n'est lié par aucune indication.

Nous examinerons successivement comment doit agir le commissionnaire :

1° lorsque la commission est facultative à tous les égards, ou seulement à quelques-uns

2° lorsqu'elle est impérative

3° enfin lorsqu'elle est indicative.

ARTICLE PREMIER

Des conditions facultatives

Lorsqu'il s'agit de conditions sur lesquelles aucune instruction spéciale ne lui est donnée, le commissionnaire est seulement tenu d'agir au mieux

des intérêts du commettant, et n'est responsable qu'autant qu'il agit comme ne le ferait pas un commerçant soigneux.

Le commissionnaire à l'achat à qui il a été donné mandat d'agir au mieux des intérêts du commettant, ne peut être inquiété par celui-la à moins de fraude ou d'exagération dans les prix payés par suite de mauvaise foi : (Rouen 2 mars 1880 *Recueil arrêts Caen et Rouen 1888-2-130*).

Il doit prendre toutes les précautions nécessaires pour la conservation de la chose, et employer toute la diligence voulue dans l'accomplissement de la vente ou de l'achat.

Il est bien entendu, comme nous l'avons dit plus haut, qu'on ne peut le rendre responsable de ne pas avoir agi en très habile commerçant ; mais s'il ne s'est pas comporté en commerçant soigneux, quel va être le sort de l'opération faite ? Le commettant, ayant laissé toute liberté à son commissionnaire, peut-il refuser de prendre pour lui l'opération ? Nous ne le croyons pas, car n'ayant donné d'ordres qu'au point de vue de l'acte à faire, et non sur les moyens d'exécution, il doit accepter l'opération, sans perdre le droit de réclamer des dommages-intérêts égaux au préjudice résultant des conditions désavantageuses dans lesquelles l'acte a été fait. Il est bien rare, du reste, que le commettant laisse une liberté complète sur tous les points à son commissionnaire. Lorsque

par exemple le silence a été gardé sur le lieu d'exécution, le commissionnaire a le droit de le choisir. Nous croyons avec MM. Lyon-Caen et Renault qu'il est plus naturel de présumer que le commettant a eu en vue le lieu de la résidence du commissionnaire. C'est chez lui en effet que le commissionnaire est le plus connu, qu'il jouit par suite du crédit le plus élevé, et qu'il peut contracter aux meilleures conditions. Si le commettant n'a pas déterminé le prix il est certain qu'il a voulu traiter aux conditions les plus avantageuses. Mais le commissionnaire acheteur auquel le commettant s'est borné à donner l'indication du prix, moyennant lequel il aurait vendu à livrer les marchandises commissionnées, a pu considérer cette indication comme une limite du prix moyennant lequel il devait se procurer les marchandises. Le commissionnaire n'est pas responsable pour n'avoir pas exécuté les ordres d'achat, si les prix moyennant lesquels il eut pu obtenir les marchandises se sont trouvés supérieurs au prix de vente indiqué par le commettant. Le commissionnaire ne peut en effet acheter coûte que coûte, c'est-à-dire au-dessus des limitations résultant des indications du commettant. (Rouen 8 août 1870. *Recueil arrêts Caen et Rouen 1870-2-161*).

Enfin, quand l'époque de l'exécution de l'opération n'a pas été indiquée, il est évident que le commissionnaire doit saisir la première bonne occasion.

ARTICLE 2.

Des conditions impératives

Lorsque la commission est impérative, le commettant a des droits plus étendus. Il peut refuser de prendre pour lui l'opération lorsque le commissionnaire ne se conforme pas à ses instructions. Cette règle est absolue. Qui passe commission perd, dit un ancien adage : « On ne pourrait opposer au commettant que l'inobservation de ces instructions ne lui nuit pas ou même lui est avantageuse. En présence d'instructions impératives, le commissionnaire n'a pas à rechercher ce qui est conforme aux intérêts du commettant ; il n'a qu'à exécuter ses ordres : » (Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. III n° 437).

Nous trouvons cette opinion exagérée, et nous aimons mieux admettre avec M. Boistel, que le commissionnaire ne doit pas être un instrument aveugle. Il doit, si le temps le permet, transmettre à son commettant tous les renseignements qui sont de nature à modifier l'ordre donné. En agissant comme le voudraient MM. Lyon-Caen et Renault il n'opère pas en commerçant soigneux, ni avec tout le zèle et l'activité qu'il apporterait à ses propres affaires. Il devra par conséquent renseigner le com-

mettant qui n'est pas sur les lieux, sur les nouvelles causes de hausse ou de baisse des marchandises, qui sont de nature à modifier ses instructions.

C'était déjà la doctrine défendue en Italie par Casaregis. Après avoir dit que le commissionnaire doit avertir son commettant des événements imprévus, des empêchements qui peuvent contrarier l'exécution de ses ordres, et en attendre de nouveaux, il ajoute : « *Sed si negotium pati nequit temporis dilationem sine aliquo evidenti vel probabili prejudicio correspondantis, tunc potest Mercator agere prout prudentiæ suæ videbitur.* » (Casaregis — *De commercio discursus legales* — discours cxxv n° 22).

Lorsque le commissionnaire n'aura pas le temps de consulter le commettant, et que les circonstances lui paraîtront tout à fait défavorables à l'exécution de l'opération il aura non seulement le pouvoir mais le devoir d'agir au mieux des intérêts de son mandant en se portant au besoin comme gérant d'affaires. Nous trouvons, pour notre part, cette doctrine plus conforme que l'autre au bon sens et à l'équité.

La situation cependant est très délicate, et il vaut mieux pour le commissionnaire ne s'écarter des ordres reçus qu'au cas où leur exécution serait devenue actuellement en contradiction évidente avec l'intention du commettant ou les règles de la prudence commerciale.

Dans ces conditions, le commettant ne serait pas

fondé à se plaindre, ni à alléguer qu'il avait intérêt à l'exécution de cet ordre, quelque anormal qu'il parût. On lui répondrait qu'il aurait du alors prévenir son commissionnaire que rien ne devait le détourner de l'exécution de l'ordre à lui transmis.

Mais tous n'ont pas admis cette théorie. Le commettant a-t-on dit est seul juge de l'affaire ; il peut vouloir provoquer ou maintenir un certain cours, ou bien encore faciliter les demandes par la modicité du prix. De plus en exécutant à la lettre les ordres du commettant, le commissionnaire se trouve à l'abri de toute responsabilité. Les opérations qu'il fait, bonnes ou mauvaises, sont aux risques et périls du mandant. S'il sort au contraire des limites du mandat, le commettant pourra lui reprocher d'avoir nui à ses desseins en transgressant ses ordres.

Quoiqu'il en soit, nous persistons à croire qu'il est du devoir du commissionnaire de ne pas agir aveuglément lorsque l'exécution serait de nature à nuire aux intérêts du commettant. Mais à part cela, et en règle générale, l'inobservation d'ordres impératifs permet au commettant de refuser l'opération.

ARTICLE 3

Des conditions indicatives

Lorsque les instructions sont indicatives, le commissionnaire a un champ d'action plus large que précédemment. Il reste juge de l'opportunité des moyens à employer, et n'est pas tenu de se conformer aux ordres du commettant avec la même rigueur. Si celui-ci a le droit de refuser l'opération, lorsqu'elle est autre que celle qu'il avait ordonné de faire, il ne peut cependant la laisser pour compte à son commissionnaire par cela seul que les ordres n'ont pas été exactement remplis. Ces ordres étant purement indicatifs, il est toujours permis au commissionnaire de s'en écarter, pour conclure un marché plus favorable au commettant. S'il peut vendre à un prix supérieur, ou acheter à un prix inférieur, il doit le faire, car la fixation du prix n'a qu'un caractère indicatif, et d'autre part, le commissionnaire doit traiter au mieux des intérêts de son commettant. Il en est de même lorsqu'il n'a pu exécuter son mandat dans les délais prescrits. S'il est établi que le commissionnaire a agi au mieux des intérêts du commettant, les tribunaux peuvent déclarer qu'il n'est pas responsable du retard, et condamner le commettant soit à l'exécution des obligations contrac-

tées envers les tiers par le commissionnaire en vertu de ses pouvoirs, soit au paiement des avances. (Cassation 25 juin 1834 — S. 1834-1-108 — D. P. 1834-1-291 *Pandectes françaises* V. *Commissionnaires* n° 134). Le commissionnaire peut donc quelquefois opérer à des conditions moins favorables que celles indiquées par le commettant, sans que ce dernier puisse lui reprocher d'avoir agi. Pourtant, il fera bien en ce cas d'user de circonspection. Son devoir est d'avertir le commettant, et de réclamer de nouvelles instructions, quand il paraît constant que l'opération ne peut être faite qu'à des conditions plus onéreuses. Mais si le temps ne lui permet pas de demander de nouveaux ordres, et que ceux reçus antérieurement ne soient qu'indicatifs, il peut agir sans être exposé à ce que l'opération soit laissée à sa charge, pourvu qu'il se conduise non seulement en bon père de famille, mais en habile commerçant. L'exemple suivant nous le fera mieux comprendre. Un commissionnaire est chargé de vendre des marchandises pour vingt mille francs. S'il ne trouve pas cette somme, il peut avertir son commettant de son intention de vendre à un prix inférieur, à moins de contre ordre. Si cependant les marchandises étaient sujettes à détérioration, ou si leur cours baissait dans des proportions considérables, le commissionnaire devrait faire la vente au-dessous du prix fixé sans attendre de nouvelles instructions.

L'obligation du commissionnaire en cas d'ordre indicatif se réduit à ceci : Exécuter les ordres du commettant ou s'en rapprocher le plus possible. Si le mandataire s'éloigne de ces indications le commettant pourra l'en rendre responsable. Aussi faut-il user de ce procédé avec prudence et en cas de nécessité. C'est ce qu'à décidé un jugement du tribunal de commerce de Marseille. Il s'agissait dans l'espèce d'un commissionnaire chargé de vendre des barriques de vin au prix de quarante francs, et s'il ne le pouvait, au mieux des intérêts du commettant, en se tenant le plus près possible du prix précédemment indiqué. Le commissionnaire vendit deux barriques pour 38 francs, une pour 37, et sept pour 28. Le tribunal condamna le commissionnaire à indemniser son commettant à raison des barriques vendues 38 francs seulement, en se fondant sur ce principe qu'il est de règle en commerce que le commissionnaire dont le mandat est limité doit prévenir son commettant qu'il ne peut atteindre ces limites et lui demander de nouveaux ordres, ce que celui-ci n'avait pas fait. (Marseille 2 mars 1849 *Pandectes françaises* V. *Commissionnaires* n° 250). Le commettant peut d'ailleurs ne pas refuser le marché conclu dans des conditions qui ne lui sont pas avantageuses. Lui seul est juge de ce qu'il doit faire, et s'il accepte il peut donner sa ratification expresse ou tacite. Il la donnera tacitement en gardant le silence

sur le défaut de conformité de l'opération avec ses instructions. La plainte du commettant contre la mauvaise qualité des marchandises achetées a été réputée nulle parce qu'il les avait reçues sans protestation. (Marseille 12 janvier 1848 *Pandectes françaises*. V. *Commissionnaires* n° 248). La règle est bien établie ; le commettant doit réclamer s'il refuse l'opération.

Dans quel délai doit-il faire sa réclamation ? Cela dépendra beaucoup des circonstances de fait, de lieu, etc. La loi n'a pas établi et ne pouvait établir de limite fixe pour des cas aussi variables que les cas de commission. M. Boistel voudrait que le commettant réponde immédiatement. Sans admettre cette opinion, trop radicale, on peut dire cependant qu'on ne doit pas laisser au commettant un trop long délai pour protester contre la transgression de ses ordres ; car il pourrait ou non prendre pour lui l'opération selon les variations postérieures des cours.

Le premier devoir du commissionnaire, avons-nous vu, est de se conformer aux ordres reçus. Nous sommes amenés naturellement à nous demander ce qui se passera dans le cas contraire, c'est-à-dire s'il s'écartera des ordres donnés par son commettant.

§ III

Portée de la responsabilité du commissionnaire qui s'écarte
des ordres reçus

Deux hypothèses peuvent se présenter, l'une concernant le commissionnaire acheteur, l'autre le commissionnaire vendeur. Ou bien le premier a acheté à un prix supérieur à celui fixé, ou bien le second a vendu à crédit lorsqu'il devait le faire au comptant. Examinons la première hypothèse.

ARTICLE PREMIER

*Cas où le commissionnaire a acheté pour un prix
supérieur à celui fixé par le commettant*

Tous les auteurs admettent que le commettant peut refuser de prendre l'opération pour lui, au prix d'achat, lorsque la fixation du prix avait un caractère impératif, et si cette fixation était seulement indicative, lorsque le commissionnaire pouvait aviser son commettant avant de traiter, et ne l'a pas fait. Le commissionnaire chargé de faire des opérations, ne peut appliquer à son commettant des achats faits à un prix supérieur. (Paris 9 Janvier 1894 *Gazette du Palais* 1894-1-13).

Le principe est formel, mais le commissionnaire ne peut-il pas obliger le commettant à accepter l'opération, en lui faisant remise de la différence entre le prix fixé et le prix réel d'achat, ce qui doit le dédommager du préjudice causé? Par exemple, si un commissionnaire a acheté pour 2000 francs des marchandises qu'il était chargé d'avoir pour 1800, peut-il arrêter toute poursuite du commettant en lui donnant les 200 francs qui manquent, et ce dernier sera-t-il contraint d'accepter les marchandises?

Cette question, fort controversée aujourd'hui, l'était déjà dans l'antiquité, et elle a divisé, à propos du mandat, les deux grandes écoles romaines : les Sabiniens et les Proculiens, les premiers rejetant la validité de l'opération, et refusant l'*actio mandati*, tandis que les seconds, s'inspirant d'idées plus larges et plus bienveillantes, admettaient le mandataire, moyennant paiement de l'excédent, à imposer au mandant l'affaire conclue en son nom. Nous trouvons dans Gaius (*Comm.* III, 161,) l'exposé très net et très catégorique de la doctrine Sabinienne. Il suppose qu'une personne a reçu mandat d'acheter un fond pour la somme de cent sesterces, et qu'elle l'a acquis pour cent cinquante, et il lui refuse absolument toute action contre le mandant, même si elle offre de prendre à sa charge les cinquante sesterces supplémentaires, et de se contenter du remboursement du prix convenu : cent sesterces. (Gaius,

Comm. III, 161) : « *Non habebis mecum mandati actionem etiamsi tanti velis mihi dare fundum, quanti emendum tibi mandassem* : »

Cette opinion, soutenue par Sabinus, Cassius et tous les Sabinien, était combattue au nom de l'équité par les Proculien, qui reconnaissaient la validité du mandat dans les limites du prix fixé par le mandant. C'est aussi cette opinion, que Justinien consacre comme plus bienveillante. (*Institutes III, 26, 8, quæ sententia sane benignior est*).

Si nous voulons résumer l'évolution historique, nous arriverons à la conclusion suivante. Il semble bien qu'à l'origine la doctrine Sabinienne ait été admise sans conteste. Il est bien conforme aux idées romaines et au formalisme primitif de rejeter la validité d'un acte d'exécution qui ne porte pas exactement sur l'objet du contrat. C'est encore ce qui ressort d'un texte de Paul (*Dig. XVII, 1, 5, 1*) : quoique ce jurisconsulte admette la validité de l'opération que nous étudions, il pose encore en principe que : « *qui excessit, aliud quid facere videtur*. » Puis le progrès du droit et des idées libérales a fait entrevoir une autre solution, plus élémentaire, que les Sabinien n'ont pas osé admettre, mais que les Proculien ont adoptée, et que Justinien a fait entrer dans la législation écrite. (V. sur tous ces points, Accarias, *Précis du dr. rom.*, 4^e éd., II, n^o 634 p. 366-7, Girard, *Manuel de dr. rom.* 1^{re} éd. p. 568).

Beaucoup d'auteurs ont suivi les Sabinien et refusé au commissionnaire le droit d'obliger le commettant à prendre l'achat aux conditions qu'il a fixées. Reprenant la thèse de Gaius, ils ont dit que le commissionnaire, en excédant le prix fixé, n'a pas en réalité fait l'acte dont il était chargé, sans quoi, le commissionnaire aurait toutes les bonnes chances, tandis que les mauvaises seraient pour le commettant.

Bédarride veut que le commettant puisse à son gré en pareille circonstance accepter ou refuser l'opération. « Si l'opération doit lui procurer des bénéfices il est évident que le commettant ne demandera pas mieux que de se l'appliquer. Si une baisse survenue le menace d'une perte, il est très juste que le hasard lui permette de s'affranchir d'une chance, que l'exécution littérale de son ordre devait lui faire courir, et lui permette d'en faire retomber tout le poids sur son mandataire parce que celui-ci est en faute. » (Bédarride *Droit commercial* n° 97).

M. Boistel pense lui aussi que le commettant dans le cas où le commissionnaire a traité en dehors des conditions fixées n'est pas obligé de prendre l'opération, au moins aux conditions primitives, car autrement le commissionnaire aurait toutes les bonnes chances, et rejetterait toutes les mauvaises sur le commettant. « En effet, il a acheté à 120 parce qu'il croyait l'affaire bonne malgré la hausse, il n'a

pas pu compter que le commettant prendrait à 120, mais il a cru que la hausse continuerait et alors il aurait pu revendre en son propre nom peut être à 150 et gagner la différence. Maintenant il veut forcer le commettant à prendre la marchandise à 100 parce qu'elle ne vaut même plus 100. Sans cela il la revendrait facilement et ne poursuivrait pas le commettant. » (Boistel — *Précis de droit commercial* n° 525 ; V. dans même sens Marcadé et Pont (*Petits contrats* t. 1 n° 982 ; Bravard-Veyrières et Demangeat — *Traité de droit commercial* t. II p. 261).

Nous devons cependant faire remarquer que tous ces auteurs ont réservé le cas où le commissionnaire prouverait avoir agi comme agent d'affaires. En ce cas le commettant aurait le choix de ratifier l'affaire ou de la repousser ; mais s'il l'accepte, il devra rembourser non pas le prix primitivement fixé, mais le prix plus fort réellement payé. Si l'opinion Sabinienne a rallié beaucoup de partisans il faut dire aussi que les Proculiens ont eu les leurs et non des moindres.

« Si en droit rigoureux le commissionnaire achetant à un prix supérieur n'a pas exécuté la commission mais a fait toute autre chose et doit être réputé avoir agi pour lui-même, en équité on a répondu avec plus de force qu'en offrant la chose au prix fixé, le commissionnaire est censé avoir exécuté le

mandat, puisque le commettant n'éprouve aucun préjudice ». (Ruben de Couder — *Dictionnaire de droit commercial* t. III n° 53).

C'est d'ailleurs l'enseignement de Delamare et Le Poitvin : « Si me chargeant du surcroît de la dépense, disent-ils, je vous offre la marchandise pour le prix auquel j'aurais dû l'acheter, vous ne pouvez la refuser ni en droit ni en équité. En équité, parce que n'éprouvant aucun tort vous feriez une injustice en laissant pour mon compte une marchandise qui m'est onéreuse ; en droit parce que ma faute réparée par la charge que je prends de l'excès sur le prix, le mandat se trouve exécuté précisément comme vous l'avez voulu ». (*Traité du contrat de commission* t. II n° 163).

Il importe peu en effet que le commissionnaire ait dépassé les limites de son mandat s'il consent à réparer sa faute en prenant à sa charge la différence. Il rend ainsi l'exécution conforme aux instructions du commettant. (V. dans ce sens Troplong ; *du mandat* n° 270 ; Pardessus *Traité de droit commercial* n° 572 ; Alauzet *Commentaire sur le code commerce* t. II n° 844.)

Le commettant ne peut se plaindre puisqu'on lui offre de prendre l'opération aux conditions qu'il a lui-même déterminées. « Si le prix des marchandises baisse, le commettant n'a qu'à s'en prendre à lui, c'est la conséquence de ses ordres, et si l'on craint

que le commissionnaire ne profite de l'opération, on peut exiger de lui qu'il donne avis de l'achat, et propose sans tarder de prendre à sa charge la différence entre le prix d'achat et le prix fixé. « (Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial* t. III n° 441).

Le commissionnaire ne pourrait objecter qu'il a agi à son propre compte, car la fausseté de cette assertion serait bien vite reconnue, en employant, pour prouver le contraire, les modes de preuve fournies par la loi. Le plus souvent, les livres du commissionnaire feront foi, selon que l'opération sera mentionnée comme étant faite pour son compte, ou pour celui du commettant. Nous croyons donc avec ces derniers auteurs, que le commettant doit accepter l'achat au prix fixé par lui. Il ne pourra se plaindre puisqu'il ne subit aucun préjudice, et que ses ordres se trouvent réalisés.

Les lois étrangères ont toutes admis cette solution. L'ancien code de commerce allemand reconnaissait au commettant, lorsque le commissionnaire a dépassé le prix fixé par l'achat, le droit de refuser cet achat comme n'ayant pas été fait pour son compte, à moins que le commissionnaire, en donnant avis de l'achat, n'offre de couvrir la différence de prix. (Tit. III art. 364). Le nouveau code de commerce du 10 mai 1897 entré en vigueur en 1900 consacre la même doctrine. Il contient sur ce sujet deux paragra-

phes : (§ 386) lorsque le commissionnaire vend à un prix inférieur, ou achète à un prix supérieur à ceux qui lui ont été fixés, le commettant, s'il veut refuser l'affaire comme n'ayant pas été faite pour son compte, doit en faire la déclaration, aussitôt qu'il aura reçu avis de la conclusion de l'affaire ; sinon, l'écart existant sur le prix fixé est considéré comme accepté. Le § 337 déclare : le commettant n'est pas en droit de refuser l'affaire, lorsque le commissionnaire en lui en notifiant la conclusion, lui déclare être prêt à supporter la différence du prix. Lorsque le commissionnaire conclut une affaire à des conditions plus avantageuses que celles qui lui étaient imposées par le commettant, c'est à ce dernier qu'en revient l'avantage.

Le code hongrois admet aussi que le commissionnaire a le droit en le déclarant, au moment où il donne avis de l'achat, de prendre à sa charge la différence.

Même disposition dans le code italien d'après lequel le commettant a le droit de refuser l'opération à moins que le commissionnaire n'offre de payer l'excédent. (Art. 383 2^e alinéa).

Le code de commerce portugais (chap. III art. 270 2^e alinéa) décide que si le commissionnaire chargé de faire un achat a dépassé le prix qui lui avait été fixé, le commettant sera libre d'accepter le marché ou de le laisser pour compte au commissionnaire

sauf le cas où ce dernier consentirait à recevoir seulement le prix fixé.

Le code roumain dans son article 408 décide aussi que le commettant peut refuser de prendre pour lui les marchandises à moins que le commissionnaire ne consente à recevoir seulement le prix fixé dans les ordres qui lui ont été donnés.

En résumé, les lois étrangères ont presque toutes admis que le commissionnaire achetant à un prix supérieur à celui fixé par le commettant peut, en offrant de payer la différence forcer son mandant à accepter l'opération.

ARTICLE 2

*Cas où le commissionnaire a vendu à crédit alors qu'il
devait le faire au comptant*

En principe, un commissionnaire chargé de vendre doit le faire au comptant. Chargé d'exécuter les ordres de son commettant, il ne doit pas les transgresser ni prendre sur lui de les élargir. Il ne doit pas accorder un terme à son acheteur, s'il n'en a reçu l'autorisation. Les mots : au comptant ne doivent pas être pris dans leur sens le plus étroit. Il y a certaines ventes en gros de marchandises qui se paient à trente jours, même avec escompte. Quoique

le paiement ne soit pas immédiat la vente est censée faite au comptant. De même les différents usages régnant dans les lieux où le commissionnaire fait ses opérations, doivent être respectés puisqu'ils s'imposent aux relations commerciales.

Mais en dehors de cela, le commissionnaire ne doit pas vendre à terme. Ce droit ne peut résulter que d'une convention dont nous étudierons bientôt la nature : la convention de Dueroire.

Si malgré la défense ou la non autorisation du commettant, le commissionnaire vend à crédit, que peut faire le commettant en face de l'opération accomplie ? Il peut ratifier, s'il le veut, l'acte de son commissionnaire ; l'acheteur peut en effet être connu de lui, et présenter toutes les garanties de solvabilité désirables, s'il ne le veut pas, il agira comme si ses ordres avaient été exécutés ponctuellement. Il ne se demandera pas si l'acheteur est solvable ou non mais il exigera du commissionnaire le paiement immédiat du prix sans se préoccuper du terme accordé.

Est responsable du non paiement des marchandises le commissionnaire qui chargé par le commettant de vendre au comptant a vendu payable partie comptant et partie en traite, et n'a pas d'ailleurs exigé rigoureusement l'exécution de ces conditions avant de livrer la marchandise. (Rouen 3 février 1872 — *Recueil arrêts Caen et Rouen 1872-2-286*, trib. com.

Marseille 31 janvier 1889. *Gazette du Palais* 1889).

Mais le commettant doit-il demander au commissionnaire le prix de la vente tel qu'il aurait été, si elle avait eu lieu au comptant, ou bien le prix de la vente faite à crédit? Il y a certainement lieu de tenir compte de la différence, car le commettant ne serait pas seulement garanti contre l'insolvabilité de l'acheteur, mais réaliserait un bénéfice au préjudice du commissionnaire qui a pu vendre à terme tout en payant immédiatement à son commettant le prix fixé, et sans pour cela, enfreindre les règles de la commission. D'autre part, le commissionnaire est mieux placé que le commettant pour connaître ses acheteurs, mais, il court le risque s'il vend à terme de ne pas être payé. Il est juste, puisqu'il court un risque, qu'il profite des bonnes chances de l'opération comme il doit subir les mauvaises. MM. Lyon-Caen et Renault trouvent injuste de permettre au commettant d'exiger une somme supérieure à ce qu'aurait été le prix de la vente si elle avait eu lieu au comptant, ce qui permettrait au commettant de réaliser un bénéfice illégitime au préjudice du commissionnaire. (*Droit commercial* T. III N° 418 V. aussi dans ce sens Alauzet *Commentaire du code de commerce* liv. 1 n° 845). Si le commissionnaire a vendu à terme contrairement aux instructions du commettant, mais plus cher que le prix qui lui avait été fixé, il devra laisser l'option à son mandant, scit de

subir le terme et d'en courir les chances, soit de recevoir le prix fixé sans se préoccuper du prix subsidiaire convenu entre le commissionnaire et l'acheteur.

Delamare et Le Poitvin avaient enseigné une règle différente en s'appuyant pour la soutenir sur l'opinion de Casaregis. Bravard et Compagnie de Barcelone, avaient donné commission à François et Pierre de Fornis, leurs correspondants à Livourne, de vendre une certaine quantité de toiles de Hollande. Cette vente devait être faite au comptant disaient les commettants. La Maison de Livourne ne trouve pas d'acheteur à cette condition, mais une hausse considérable se déclarant sur l'article, elle prend sur elle de vendre à terme, à la maison Lévi alors en plein crédit. L'événement justifie l'opération, car les navires hollandais arrivant en nombre les toiles subissent une forte baisse. Mais la maison Lévi tombe en faillite avant l'expiration du terme qui lui était accordé, et les commettants, au lieu d'un bénéfice, subissent une perte; ils soutiennent que cette perte doit rester pour le compte des commissionnaires qui ont excédé leur mandat. Ces derniers succombèrent en première instance et triomphèrent en appel. Delamare et Le Poitvin pensent, en s'appuyant sur Casaregis, qu'on décida en appel selon les véritables règles du commerce : la bonne foi et l'équité. En effet, si le commissionnaire pouvait

vendre au comptant, il a pu vendre à terme s'il le croyait utile aux intérêts du commettant, et laisser à son compte les chances de l'insolvabilité de l'acheteur, pourvu qu'il ait agi en bon négociant.

Mais Bedarride a réfuté cette théorie. « En effet, dit-il, les commissionnaires avaient avisé les commettants de l'opération qu'ils allaient conclure, et ceux-ci loin de la désapprouver avaient recommandé de veiller au recouvrement du montant de la vente à l'expiration du terme, et de leur en tenir compte. Casaregis ne repousse la demande des commettants qu'en admettant l'existence de la ratification, parce que : *ratificacio sanat excessum mandati quia acqui paratur mandato* : » (*Commentaire du code de commerce*, liv. 1 t. vi n° 82-83).

L'exemple que nous venons de citer prouve que le commettant peut avoir quelquefois intérêt à ratifier, quoiqu'il coure en principe le risque de l'insolvabilité de l'acheteur. En effet, si les navires hollandais, au lieu d'arriver à temps, s'étaient perdus, ou étaient arrivés très tard, le commissionnaire aurait profité de la hausse résultant du manque de toiles, et aurait ainsi payé le commettant. Celui-ci avait consenti à courir un risque, il était juste qu'il en subisse les conséquences.

Lorsque le commettant a autorisé le commissionnaire à faire crédit, celui-ci doit se conformer au crédit fixé. S'il a fixé trente jours il n'en doit pas

donner quatre-vingt-dix. Si le commissionnaire manque à l'observation de cette règle, et accorde un terme plus long, le commettant n'aura à tenir aucun compte de ce nouveau crédit, et il pourra, à l'époque primitivement fixée, demander au commissionnaire de lui rendre compte de son opération, sans que celui-ci puisse s'y soustraire.

Le code allemand de 1861 déclare formellement que le commissionnaire qui, sans le consentement du commettant, fait des avances à un tiers ou lui fait crédit, le fait à ses risques. (*C. c. allemand* art. 369). Il admet aussi que, si d'après l'usage commercial du lieu de l'opération, il est fait crédit à l'acheteur, le commissionnaire peut le faire sauf ordre contraire de son commettant. Enfin si le commissionnaire vend à crédit sans autorisation ou ratification de son commettant, il doit lui payer immédiatement le prix. Mais le code ajoute : « Si le commissionnaire prouve que, si la vente eût été faite au comptant, le prix eût été inférieur, il ne doit tenir compte que de ce prix et s'il est inférieur à celui qu'avait fixé le commettant, il doit en outre la différence. » (Art. 367 3^e alinéa). Les dispositions du code de 1861 ont été reproduites sans modifications par le § 393 du code de commerce du 18 mai 1897.

Le code italien admet également (art. 384) que le commissionnaire, qui sans l'autorisation du commettant aura fait des avances, des ventes à crédit,

ou autres opérations fiduciaires, prendra les risques à sa charge, et le commettant pourra exiger de lui le paiement immédiat des sommes représentant les crédits accordés en lui cédant les profits et avantages qui en résulteront.

Les codes de commerce espagnol et portugais se prononcent dans le même sens. Le premier déclare dans son article 270 que le commissionnaire ne pourra sans l'autorisation du commettant prêter ni vendre à crédit ou à terme, et que, s'il le fait, le commettant pourra exiger le paiement au comptant, en laissant profiter le commissionnaire de tout intérêt, bénéfice, ou avantage quelconque résultant du crédit ou du terme désapprouvé par le commettant. Le code portugais consacre la même solution presque dans les mêmes termes. (Chap. III).

Néanmoins toutes ces législations admettent que cette disposition n'est pas applicable aux places sur lesquelles existe l'usage de faire crédit.

§ IV

Des actes accessoires à l'opération

Comme nous l'avons dit plus haut, le commissionnaire doit faire seulement l'opération dont il a été chargé. Il est évident qu'à ce point de vue la commission est toujours impérative. Mais lorsque

le commettant commande une opération à son commissionnaire, il lui demande aussi d'employer tous les moyens nécessaires à son exécution. Celui-ci ne doit pas par conséquent s'en tenir strictement à son mandat, mais exécuter tous les actes qui se lient à l'opération principale et que sa profession de commerçant soigneux lui commande de faire. Quand on dit que le commissionnaire doit se renfermer strictement dans les termes du mandat qui lui a été donné, on entend qu'il doit l'exécuter à la lettre, ainsi que les clauses sous-entendues qui en dérivent.

Parmi les actes qui se lient intimement à l'opération, il faut citer pour le commissionnaire acheteur l'obligation de payer le tiers vendeur, et pour le commissionnaire vendeur, celle de toucher le prix de la vente. Quoique le commettant n'ait pas parlé de cette clause, elle est cependant sous-entendue dans le contrat de commission.

Une autre obligation du commissionnaire qui dérive implicitement du contrat, est celle qui l'astreint à donner tous ses soins aux marchandises qui lui sont confiées pour être vendues, ou à celles qu'il reçoit en livraison pour son commettant. Il fera tout ce qui lui sera possible pour les empêcher de se détériorer. S'il ne se conforme pas à ces devoirs, il tombera sous le coup des articles du code civil inséré au titre des obligations, et pourra être con-

damné au paiement des dommages-intérêts, s'il ne justifie pas que l'inexécution de son obligation provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée. Ainsi la jurisprudence a décidé dans une espèce que le commissionnaire se chargeant d'assurer une marchandise en partance par voie de mer, est responsable de la perte, sans recours contre les assureurs, lorsque ces marchandises ont péri par fortune de mer dans une tempête, s'il a retardé l'époque convenue pour le départ, en sorte que la perte lui soit imputable. (Paris, 26 mars 1874. *Journ. trib. com.* 1875 p. 123).

L'article 1302 du code civil dit que, si le corps certain qui était l'objet de l'obligation vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd, de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte, quand la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure. Cela veut dire, *a contrario*, que si la chose a péri par la faute du débiteur, il est passible de dommages-intérêts. Puisqu'il se prétend libéré d'une obligation, il doit justifier du paiement, ou prouver le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

On doit assimiler à la faute positive le manque de vigilance ou d'industrie. Voici un exemple cité par Delamare et Le Poitvin : Vous êtes chargé de recouvrer une créance pour un négociant de Paris avec ordre de recourir au protêt à défaut de paiement.

Mais vous commettez l'indiscrétion de dire à un parent du débiteur ce dont vous avez chargé l'huissier. Ce parent avertit votre débiteur qui s'enfuit en Angleterre. Dans ce cas vous avez manqué de vigilance et vous devez en subir les conséquences. La jurisprudence est de cet avis. Elle a admis la responsabilité du consignataire à raison du vol des marchandises consignées, commis sans effraction ni violence ; elle s'est appuyée pour cela sur ce que le commissionnaire avait manqué de vigilance en plaçant ses marchandises dans un endroit où on pouvait pénétrer aussi aisément (Trib. com. Marseille 31 janvier 1865 ; Trib. com. Seine 4 octobre 1860 ; *Journ. trib. comm.* 1861 p. 19 ; Aix 28 février 1840. V. *Pandectes françaises Commissionnaire* n° 145).

§ V

De l'assurance en matière de commission

Il est bien naturel que, les commettants exposés à la perte de leurs marchandises par la faute ou sans la faute du commissionnaire, aient cherché à se prémunir contre ce danger, en donnant ordre de les faire assurer. Le commissionnaire alors doit aussitôt se conformer à cet ordre et sera rendu responsable s'il contracte l'assurance trop tard, et que les mar-

chandises se soient détériorées. Dans ce dernier cas, l'assurance est considérée comme conclue au regard du commettant, et ce sera le commissionnaire qui, en cas de perte, paiera le montant.

Mais il est équitable qu'il ne paie que l'indemnité, comme l'assureur l'aurait fait, si les marchandises avaient péri une fois assurées. Il retiendra par conséquent la prime ou plutôt déduira la prime de l'indemnité. S'il en était autrement, le commettant s'enrichirait aux dépens de son commissionnaire, car, non seulement il serait déchargé de la perte de ses marchandises, mais il bénéficierait du prix du risque qu'il aurait dû payer à son assureur.

Le commissionnaire sera obligé de solder l'indemnité d'assurance dans n'importe quel cas, que la perte soit survenue par sa faute ou par cas fortuit. (V. trib. com. Marseille 16 mars 1859 cité par MM. Lyon-Caen et Renault; *Précis de droit commercial* T. III p. 328 n° 3).

Lorsque le commettant n'a donné aucun ordre pour l'assurance de ses marchandises, le commissionnaire n'est pas tenu de les assurer, mais s'il avait l'habitude de le faire, il serait responsable d'y avoir manqué, et ne pourrait alléguer l'absence d'ordre du commettant, car celui-ci lui répondrait qu'il avait donné l'ordre implicite d'assurer en ne lui défendant pas de le faire, et en payant jusqu'ici la prime qui le garantissait du risque. A moins

d'ordre contraire de sa part, le commissionnaire devait donc cette fois encore exécuter un ordre que son commettant lui avait implicitement donné. Il peut cependant arriver que le commissionnaire en l'absence de tout ordre exprès ou implicite ait fait assurer les marchandises. Le commettant est-il tenu de rembourser la prime payée par son commissionnaire? Cette question a été fort controversée. Si le commissionnaire n'a pas reçu d'ordres, il a agi comme un gérant d'affaires, par conséquent, il est juste de lui tenir compte de son acte, pourvu que cet acte soit d'une utilité incontestée. Examinons si, dans le cas, il y avait utilité pour le commettant à faire assurer les marchandises. Il est certain que si les risques se sont réalisés, si la perte de la marchandise est survenue, l'opération faite par le commissionnaire est d'une incontestable utilité, et il a droit au remboursement de la prime.

Tous les auteurs se sont trouvés d'accord sur cette question, mais ils se sont séparés sur le point de savoir si le commissionnaire a droit au remboursement de la prime lors même que les risques en vue desquels l'assurance a été faite ne se sont pas réalisés. En droit strict, quelque prudent et sage que soit l'acte qui consiste à assurer la conservation des marchandises, on peut, il est vrai, soutenir que celui qui n'a pas ordonné cet acte, est présumé ne pas l'avoir voulu, et qu'il ne saurait en subir les

conséquences, que, si l'ayant connu, il l'a expressément ou tacitement ratifié. Mais l'évident avantage de la mesure entraînera la ratification tacite sans qu'il y ait lieu d'exiger, comme le soutiennent certains auteurs, que les risques prévus se soient réalisés; car (art. 1999 *C. civil*) le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat, et s'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ses remboursements et paiements lors même que l'affaire n'aurait pas réussi.

Cependant certains auteurs ont soutenu que l'acte fait par le gérant n'est utile qu'autant qu'il a des résultats profitables. Delamare et Le Poitvin concluent que le commissionnaire n'a droit au remboursement de ses avances que lorsque les risques prévus par l'assurance se sont réalisés. « La doctrine contraire, disent-ils, appliquée en matière de droit commercial, pourrait aller très loin, car le pouvoir de faire assurer et d'avancer les primes ne dérive que d'un mandat spécial. » (*Tr. du contrat de Commission* T. II n° 314).

Pour nous, il nous semble qu'il serait souverainement injuste de refuser au commissionnaire le remboursement auquel il a droit. En effet, ce n'est pas au moment où les événements se sont produits, qu'il faut se placer pour apprécier l'acte du commis-

sionnaire, mais bien au moment où cet acte a été passé ; si l'assurance a été inutile, en fin de compte, il n'en est pas moins vrai, que, lorsqu'elle a été conclue, elle a été une mesure intelligente et utile, un acte de bonne gestion. De plus le silence du commettant à cette occasion peut être considéré comme une adhésion tacite à l'acte qu'on lui faisait connaître. Comme le dit Emérigon, la prétention du commettant n'est ni honnête ni légitime : il devait, en effet, dès le principe désavouer le commissionnaire, qui aurait pu faire résilier la police. D'autres auteurs, et parmi eux MM. Lyon-Caen et Renault, ont comme nous, repoussé la doctrine qui n'admet pas le commissionnaire à se faire rembourser l'assurance, car elle est contraire au principe selon lequel, dans le silence des lois commerciales, les règles du droit civil doivent s'appliquer.

Or, lors même que les risques ne se sont pas réalisés, on admet toujours qu'en matière de gestion d'affaires, l'utilité de l'acte du gérant s'apprécie au moment où il est fait. Ce principe en effet était enseigné par les jurisconsultes romains. Ainsi le gérant avait l'action *negociorum gestorum* non-seulement si les risques s'étaient produits, mais même quand ils ne s'étaient pas réalisés, et le gérant devait être remboursé de ses dépenses dans la mesure de leur utilité : « Les dépenses qu'on appelait « utiles » en cette matière n'étaient pas seulement

celles dont le profit subsiste, mais toutes celles qui avaient été faites utilement. En conséquence, le maître devait prendre à sa charge et exécuter lui-même toutes les obligations utilement contractées par le gérant ». (Accarias *Précis du droit romain*, 2^e éd. T. II p. 429).

« Pour que celui pour qui et au nom de qui on a fait une affaire, dit Pothier, contracte l'obligation de rembourser des frais de sa gestion celui qui l'a faite, il faut, ou qu'il ait depuis approuvé qu'on ait fait pour lui cette affaire, ou que ce fût une affaire indispensable. Lorsque l'affaire était indispensable ou approuvée par lui, pour qu'il soit tenu des frais de la gestion, il suffit que l'affaire eût été d'abord utilement faite ». (Pothier, *Traité des obligations*, l. VI n° 221).

Aubry et Rau se rangeant du côté de Pothier disent qu'on doit accorder au gérant la répétition des dépenses qui ont été utilement faites au moment où elles ont eu lieu : « quoique par suite de circonstances imprévues l'avantage qui devait en résulter ne se soit pas réalisé ou qu'il ait cessé ». (*Droit civil* L. IV § 441, p. 725).

Nous concluons que l'utilité de l'acte du commissionnaire s'apprécie au moment où il est fait. Or il est évident qu'en assurant les marchandises en magasin le commissionnaire a fait un acte utile, car au moment même où il concluait l'assurance, il

garantissait la valeur des marchandises en cas de perte ou d'incendie.

La jurisprudence a cependant décidé que le commissionnaire transitaire n'est pas tenu de pourvoir à l'assurance des marchandises lorsqu'il n'en a pas été expressément chargé. (Rouen 1^{er} avril 1886, *Pandectes françaises* V. *Commissionnaire* n° 414).

Le code allemand de 1861 (art. 367 2^e alinéa) décide que le commissionnaire n'est responsable du défaut d'assurance de la marchandise que lorsqu'il a reçu du commettant l'ordre de la faire assurer. Lors de la discussion de l'article 367, la question se posa de savoir si le commissionnaire pouvait faire assurer les marchandises sans ordre formel de son commettant. Les uns soutenaient qu'il n'avait pas le droit de le faire, et qu'en tous cas, le paiement de la prime n'était une dépense utile qu'en cas de perte des marchandises. Les autres prétendaient qu'il le pouvait puisqu'il était créancier gagiste. En somme cette question est restée sans solution. Le nouveau code de 1897 se contente de reproduire la formule de l'ancien code (§ 390 alinéa 2).

Les codes italien et portugais n'ont pas parlé du cas d'assurance ; mais le premier dit que les opérations faites par le commissionnaire en violation des conventions et en dehors du mandat qui lui a été confié restent à sa charge, (art. 383) et le second que toutes les conséquences préjudiciables d'un

contrat fait en violation des ordres du commettant, ou par un des abus des pouvoirs découlant de la commission, resteront, bien que le contrat produise ses effets, au compte du commissionnaire (art. 270).

Le code hongrois (art. 273, 3^e alinéa) décide aussi que le commissionnaire ne doit pas faire assurer les marchandises de son commettant à moins d'avoir reçu un ordre formel ou une autorisation de sa part.

§ VI

Le commissionnaire a-t-il le droit de faire pour lui-même l'opération dont il est chargé ?

En principe, le commettant charge son commissionnaire de faire une opération pour son compte avec un tiers. La question s'est posée de savoir si le commissionnaire pouvait faire l'opération à son profit personnel ou pour le compte d'un autre commettant dont il aurait reçu des ordres inverses. Pourrait-il exécuter ses ordres d'achat par ses ordres de vente, ou bien pourrait-il vendre ses propres marchandises à son commettant et se porter lui-même vendeur ou acheteur ?

Nous devons rappeler tout d'abord que la convention fait la loi des parties ; et que, par conséquent, si un contrat est intervenu entre le commettant et le commissionnaire, permettant ou défendant ces

opérations, ce dernier ne doit pas s'écarter des termes de la convention. Il ne peut y avoir de doute, qu'autant qu'une convention spéciale n'est pas intervenue sur ce point.

La loi romaine défendait absolument au commissionnaire ou plutôt au gérant d'affaires de faire une opération pour son compte : la preuve en est dans un texte de Paul (Loi 34 § 7 Dig xviii, 1 *De contrahenda emptione*). On pourrait objecter, que la gestion d'affaires n'a qu'une grande similitude avec la commission, laquelle était inconnue dans le droit primitif, et que, par conséquent, les règles de ce quasi contrat peuvent s'appliquer ici. Quoiqu'il en soit, il est certain qu'à l'époque de Paul il était défendu au proxénète de faire pour son compte l'opération dont il était chargé.

Si telle était la doctrine romaine, l'ancien droit en diffère totalement, et maintenant encore nos auteurs sont très divisés sur la question; les uns ont admis avec l'ancien droit que le commissionnaire pouvait exécuter ses ordres d'achat par ses ordres de vente, et se porter lui-même acheteur ou vendeur envers son commettant. Les autres ont rejeté la validité de cette combinaison.

Parmi les anciens, Savary ne mettait pas en doute que le commissionnaire ne pût remplir la commission dont il était chargé avec les marchandises mêmes qui lui appartiennent. Casaregis enseigna

également la même doctrine (*Disc. lég. de com.* xx n° 34). Le jurisconsulte italien nous apprend que, en vertu des usages reçus entre marchands, et dans l'intérêt du commerce, il était admis généralement que les commissionnaires pouvaient se vendre à eux-mêmes les marchandises reçues par eux de leurs correspondants.

Pardessus n'a pas complètement approuvé cette opinion : « Souvent, dit-il, un commissionnaire chargé par son correspondant de vendre des marchandises, reçoit d'un autre la mission d'en acheter de semblables. Ce serait pousser trop loin la sévérité que de lui défendre de réunir ces deux commissions sous prétexte d'incompatibilité, puisqu'il doit toucher de l'un de ses correspondants d'autant plus qu'il vendra plus cher, et de l'autre d'autant plus qu'il achètera à meilleur marché ». (*Cours de droit commercial* T. II n° 576). Mais il ajoute que le commissionnaire ne doit pas se rendre personnellement acheteur parce que cette qualité est incompatible avec la confiance qui lui est accordée.

Bédarride ne fait aucune restriction. Selon lui le commissionnaire peut s'acheter lui-même les objets qu'il est chargé de vendre pour le commettant : « Une pareille opération n'est interdite par aucune loi et ne répugne à aucun principe. » (*Com. code com. — des Commissionnaires* n° 87). Mais il estime que le commissionnaire ne saurait réclamer de

commission, car il ne s'est livré à aucune démarche, et n'a eu ni peines ni soins à prendre.

Enfin, M. Boistel admet que le commissionnaire peut se porter lui-même vendeur ou acheteur envers son commettant, en supposant qu'il ait précisément à vendre pour son propre compte les marchandises qu'on lui demande, ou qu'il lui convienne d'acheter celles qu'on le charge de vendre. « Sans doute, dit-il, il y a à craindre qu'il ne soutienne pas autant qu'il le doit les intérêts du commettant. La crainte de ce soupçon devra le rendre réservé dans les opérations de ce genre. Mais on ne peut sur ce seul fait établir une présomption de faute; on devrait pour l'en rendre responsable prouver qu'il n'a pas fait en réalité tout ce qu'il devait pour son commettant et qu'il est en faute d'après le droit commun. » (*Cours de droit commercial* n° 522).

Si la majorité des auteurs a admis ce principe qu'un commissionnaire peut exécuter lui-même l'opération dont il est chargé, tous cependant ne se sont pas ralliés à cette doctrine.

Delamare et Le Poitvin ont posé un principe général applicable à toutes sortes de commissions indistinctement : à savoir qu'un commissionnaire ne peut se faire lui-même la partie adverse de son commettant, car : « En équité disent-ils, le mandataire se doit tout entier aux intérêts de celui dont il a accepté la confiance, et même en lui supposant

la plus sévère impartialité, chose difficile, toujours y aura-t-il, dans cette contrariété d'intérêts, partage de son zèle, de ses soins, de sa vigilance. Or le commettant y a un droit exclusif. » (*Traité de la commission* T. II N° 109).

M. Thaller refuse formellement au commissionnaire le droit de se constituer le propre acheteur de la marchandise de son commettant, en alléguant qu'il n'est pas juste que le commissionnaire perçoive sa rétribution de mandataire dans une opération pour laquelle il n'a pas eu de peine à chercher la contrepartie, et aussi, parce qu'il a du « faire prévaloir son intérêt propre sur celui de son donneur d'ordres. » (*Cours de droit commercial* p. 240. V. dans le même sens Alauzet *Tr. de droit commercial* l. II n° 69, Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial* T. III n° 447).

Bien qu'on puisse rencontrer quelques arrêts en sens contraire, la jurisprudence a refusé généralement au commissionnaire le droit d'être contrepartiste. Nous citerons cependant un jugement de Bordeaux autorisant le commissionnaire qui a reçu l'ordre de son commettant de lui acheter des marchandises, à appliquer à l'exécution de cet ordre un achat fait antérieurement par lui pour son propre compte, pourvu qu'il soit démontré qu'en s'adressant à un étranger pour cet achat, le commissionnaire n'eût pu le jour de la réalisation trouver mieux.

sous le rapport du prix et des autres conditions du marché. (Trib. com. Bordeaux 25 juillet 1871 — Rec. jur. Bordeaux 1871-2-149).

D'autres arrêts au contraire défendent au commissionnaire de vendre à son commettant ses propres marchandises, et lui refusent le droit d'appliquer à l'exécution d'un ordre d'achat de son commettant un achat fait par lui antérieurement à son propre compte. (Rouen 22 avril 1872 D. P. 1873-5-99; *Recueil arrêts Caen et Rouen* 1872-2-224; Lyon, 29 décembre 1842 S. 1843-2-423).

Le commissionnaire chargé de vendre transforme sa qualité en celle d'acheteur et devient personnellement débiteur du prix de la marchandise lorsqu'il a fait l'expédition pour son compte, ce qui revient à dire que, dans ce cas, il n'y a pas commission mais achat ou vente. Le commissionnaire ne peut donc réclamer aucun droit de commission bien que ce droit ait été fixé d'avance. (Toulouse 27 avril 1869, S. 1870-2-237; Aix 30 juin 1866; Rouen 25 mars 1873 *Rec. arrêts Caen et Rouen* 1873-2-124, S. 1874-2-245).

Enfin un arrêt récent a décidé que le mandataire ou le commissionnaire chargé de l'achat ou de la vente des marchandises est tenu, pour exécuter le mandat, de se borner au rôle d'intermédiaire, et ne peut lui-même remplir le rôle de contrepartiste. S'il a rempli le rôle de contrepartiste, il ne peut

réclamer ni l'exécution du marché, ni la commission stipulée ; de plus c'est au mandataire ou au commissionnaire qu'il appartient de prouver qu'il n'est pas sorti de son rôle d'intermédiaire. (Paris 29 janvier 1897 S.1898-2-121). Le commissionnaire chargé de l'opération, ne pourrait sous peine de nullité, se constituer vendeur ou acheteur de son commettant. (Trib. comm. — Havre 29 novembre 1897. *Gazette du Palais* 1898. T. 1. Table analytique p. 34 N° 2).

Malgré l'opinion contraire de la jurisprudence et d'éminents auteurs, nous croyons, pour notre part, que le commissionnaire peut faire pour lui-même l'opération dont il est chargé, à condition bien entendu qu'il ne perde point de vue les intérêts de son commettant. Dans ces conditions, il devra toucher le droit de commission, car le commettant lui doit rémunération pour la contre partie qu'il lui a trouvée.

Le commissionnaire justifiera qu'il a pris soin des intérêts du commettant lorsqu'il prouvera que pour la fixation du prix il s'est conformé au prix de la bourse ou du marché au moment de l'exécution. Pourvu que le commissionnaire livre la marchandise prévue, et aux conditions actuelles du marché, sa provenance importe peu et n'empêchera pas le commissionnaire d'adresser au commettant les marchandises qu'il possède par devers lui.

Les lois étrangères admettent en principe qu'un

commissionnaire ne peut pas, à moins d'y être autorisé par le commettant, acheter pour lui même les marchandises qu'il a reçu l'ordre de vendre, et vendre au commettant celles qu'il a été chargé d'acheter ; mais nous devons ajouter que si telle est en théorie la décision des lois étrangères, la plupart cependant s'en sont éloignés en pratique, et ont apporté à ce principe une notable exception. Toutefois dans le droit anglais le principe de la prohibition est admis sans réserves. Les auteurs anglais ont appuyé cette doctrine sur de nombreuses décisions judiciaires et sur les principes du droit romain en cette matière.

Le code espagnol défend formellement et expressément au commissionnaire de réaliser les opérations pour son compte. Nul commissionnaire ne pourra acheter ni pour son compte ni pour autrui ce qu'il a reçu mandat de vendre, ni vendre ce qu'il a été chargé d'acheter sans la permission du commettant. (Art. 267 2^e alinéa). Les états qui ont accepté les lois et les mœurs espagnoles ont consacré sur la question une doctrine semblable. Le code chilien, en particulier, interdit au commissionnaire, sauf le cas d'autorisation formelle, de faire des contrats pour le compte de deux commettants ou pour son compte personnel, toutes les fois que pour faire ces contrats il est obligé de représenter des intérêts incompatibles. Ainsi il ne pourra acheter pour lui-

même les marchandises de ses commettants ou acquérir pour eux des choses qui lui appartiennent (art. 271).

Mais les deux codes allemand enseignent une doctrine toute opposée. Dans la commission pour la vente ou l'achat de marchandises, de lettres de change ou de billets à ordre, et de valeurs mobilières qui sont cotées à la Bourse ou au marché, le commissionnaire a le droit, quand le commettant n'a pas stipulé le contraire, de livrer comme vendeur la chose qu'il doit acheter, et de garder pour lui comme acheteur la chose qu'il a été chargé de vendre. Dans ce cas, l'obligation du commissionnaire de rendre compte de la conclusion de l'achat et de la vente consiste seulement à justifier que, pour la fixation du prix, il s'est conformé au cours de la Bourse ou du marché au moment de l'exécution. Il a droit à la commission ordinaire et il peut porter en compte les autres frais d'usages en matière de commission, (Code de 1861 art. 376; Code de 1897 § 403). Cette solution libérale nous a paru la plus pratique et la plus favorable au développement et à la libre expansion du commerce.

Le code hongrois permet aussi au commissionnaire, à moins d'ordre contraire du commettant, de livrer lui-même comme vendeur les marchandises à livrer, et de garder pour lui comme acheteur celles qu'il a reçues en consignment, lorsque les marchan-

disés sont cotées en Bourse ou sur le marché. (Art. 387).

La loi roumaine dans son article 411 reconnaît aussi au commissionnaire le droit de faire l'opération pour son compte. Il en est de même des codes italien et portugais (Art. 386 et 374).

Enfin le code fédéral suisse des obligations a posé aussi le même principe (Art. 440 à 444). Il permet au commissionnaire de se porter vendeur ou acheteur lorsque les marchandises ont un prix coté à la bourse ou un prix courant et qu'il n'y a pas d'ordre contraire du commettant. En pareil cas il est tenu de rendre compte du prix d'après la cote de la bourse ou d'après le prix courant au temps de l'exécution du mandat, alors même qu'il aurait eu, d'après la teneur du contrat, le droit de vendre meilleur marché ou d'acheter à un prix supérieur. Il a droit à la provision ordinaire et peut porter en compte les frais d'usage en matière de commission. On admettra que le commissionnaire s'est porté acheteur ou vendeur lorsqu'il aura annoncé l'exécution du mandat au commettant sans lui désigner une autre personne comme acheteur ou vendeur.

Quant aux codes belge et néerlandais ils sont restés muets sur la question et s'en sont rapportés aux circonstances et à l'appréciation des tribunaux.

§ VII

De la substitution en matière de commission

Le commissionnaire fait ordinairement lui-même l'opération dont il est chargé. Peut-il cependant, en cas de force majeure ou selon son bon vouloir, charger un intermédiaire de l'affaire que lui a confiée le commettant, et se substituer un autre commissionnaire ?

Plusieurs hypothèses pourront influencer sur la validité de substitution du commissionnaire. En effet le contrat peut :

- 1° N'autoriser ni ne défendre la substitution,
- 2° L'autoriser,
- 3° La prohiber.

ARTICLE PREMIER

Cas où le contrat n'autorise ni ne défend la substitution

La convention est muette sur le cas de substitution, si celle-ci n'a pas été prévue. Il s'agit de savoir si l'acte du substitué est valable. Deux cas peuvent se présenter : Ou bien le commissionnaire a la possibilité de faire l'opération à lui confiée, ou bien il en est empêché par cas fortuit ou force majeure.

A

*Le commissionnaire a la possibilité de faire l'opération
à lui confiée*

Tous les auteurs anciens et modernes ont repoussé la substitution lorsque rien n'empêche le commissionnaire de faire lui-même l'opération.

La loi romaine ne l'admettait pas, et lorsque le mandataire se trouvait empêché, il devait s'empres- ser d'en informer le mandant, et attendre sa réponse. En cas d'impossibilité d'avertir, il devait ne pas agir, étant sûr ainsi de rester dans son droit.

C'était aussi la doctrine de notre ancien droit : « Lorsque le mandataire, dit Pothier, a fait non par lui-même mais par une personne qu'il s'est substituée, l'affaire dont il était chargé, quoiqu'il n'eût pas le pouvoir de se substituer un autre que lui pour la faire, il est évident que le mandataire a excédé les bornes du mandat, et que ce qui a été fait n'oblige pas le mandant s'il ne juge pas à propos de le ratifier : » (*Du mandat* n° 97). Tous les docteurs anciens, prédécesseurs de Pothier, avaient enseigné la même doctrine. Nous citerons entre autres Baldus, Straccha, et surtout Casaregis. D'après ce dernier auteur, le mandataire a été choisi spécialement pour sa bonne foi et sa capacité (*industria*). Par conséquent,

il ne peut se substituer personne. Et il ajoute que si le mandataire délègue ses pouvoirs, ce n'est jamais qu'à ses risques et périls, car recourir sans autorisation aux services d'un étranger, c'est commettre une faute, et s'obliger à répondre du préjudice que le maître peut subir. (V. Casaregis *Disc.* 225 n° 16).

Les partisans modernes de cette théorie s'appuient eux aussi sur les mêmes considérations que Casaregis, et font remarquer que c'est principalement dans le commerce qu'il importe de tenir la main à la stricte exécution du principe que la confiance est incessible, car il est naturel, disent-ils, de regarder le mandat comme imposant à celui qui l'a accepté le devoir de l'exécuter lui-même. Les uns même vont plus loin, et condamnent toute substitution faite à l'insu du commettant, alors même qu'elle serait motivée par un empêchement légitime du mandataire. Une pareille substitution aurait pour conséquence de permettre à un commissionnaire malhonnête de se dégager des effets de l'acceptation (V. en ce sens Delamare et Le Poitvin — *Traité du contrat de commission* T. II n° 58; Alauzet *Commentaires du code de commerce* T. II n° 858; Bédarride *Des commissionnaires* n°s 42 et 43).

Enfin, MM. Lyon-Caen et Renault enseignent qu'en cas de silence du contrat sur la faculté de substitution, le commissionnaire doit, en matière commerciale, comme le mandataire en matière

civile, faire lui-même l'opération : « Les considérations personnelles déterminent en effet le choix d'un commissionnaire. On s'attache à sa capacité commerciale, à son crédit, à ses relations : » (*Précis de droit commercial* T. III n° 460).

Bien que le contrat de commission paraisse comporter difficilement une substitution de personnes, car il repose sur un sentiment de confiance personnelle qui fait du commettant, comme le disent Delamare et Le Poitvin, quelque chose de plus qu'un employé, c'est-à-dire un ami, nous croyons cependant qu'en cas de silence du contrat la substitution peut être autorisée, que le commissionnaire agisse en son nom ou au nom du commettant. Le code civil en effet n'a pas refusé au mandataire le droit de se substituer quelqu'un. Le mandataire, dit l'article 1994, répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un. En tout cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée. A moins d'ordre contraire du commettant, la substitution est permise au commissionnaire, et celui-ci est responsable dans les cas définis par la loi du mauvais choix qu'il a fait, et répond des actes du substitué comme des siens propres. De plus il n'est obligé qu'à une chose : exécuter l'opération aux conditions fixées, pour le surplus il est maître de l'affaire comme il

l'entend, et agit comme pour son propre compte. (V. en ce sens Boistel *Précis de droit commercial* n° 521).

Nous concluons en disant avec M. Guillouard que, sous l'empire de notre droit moderne, le mandataire a le droit de se substituer un tiers, ou du moins « que la seule conséquence de cette substitution est d'engager la responsabilité du mandataire à raison des fautes commises par le tiers substitué, mais que les actes de celui-ci sont valables en eux-mêmes et opposables au mandant, sauf le recours de celui-ci contre le mandataire dans le cas de faute. » (*Du mandat* p. 453 n° 120).

ARTICLE 2

Le commissionnaire est empêché par cas fortuit ou force majeure d'exécuter l'opération

Telle est la solution qui, dans notre premier cas, nous semble découler des véritables principes de la matière. Examinons maintenant notre seconde hypothèse, et cherchons quelle décision doit prendre le commissionnaire lorsqu'il se trouve personnellement empêché, par le cas fortuit ou la force majeure d'exécuter l'ordre qu'il a reçu. Par exemple, le commissionnaire s'est trouvé dans l'impossibilité de

suivre l'affaire par lui-même, en raison d'une maladie. Le retard étant de nature à entraîner un dommage pour le commettant, que doit faire le commissionnaire chargé d'agir au mieux des intérêts de son mandant ?

Nous croyons que dans ce cas, il vaut mieux l'autoriser à se substituer une tierce personne que de rendre l'accomplissement de l'acte impossible au grand préjudice du commettant. Cette substitution, du reste, n'engagera pas sa responsabilité. On ne peut assimiler sa situation à celle du mandataire civil, et en déduire sa responsabilité, car en matière civile, l'exécution du mandat est rarement assez urgente pour que le mandataire désireux de se retirer ne puisse pas prévenir le mandant. S'il se substitue quelqu'un, c'est pour sa propre commodité, et c'est justice de le rendre responsable.

La doctrine a accordé au commissionnaire ce qu'elle refuse au mandataire, et nous voyons cette décision déjà consacrée par nos vieux docteurs.

Casaregis considère comme une règle reçue, que, dans le cas de nécessité, on n'exige pas le consentement du mandant qui en toute autre circonstance serait indispensable. (Disc. 36 N° 25).

Les auteurs modernes dégagent dans ce cas le commissionnaire de toute responsabilité, à raison du cas fortuit. De plus l'équité et l'intérêt du commerce lui commandent de faire la substitution sans

laquelle les intérêts du commettant se trouveraient nécessairement compromis. (V. en ce sens Delamare et Le Poitvin — *Traité du contrat de commission* T. II N° 59; Bédarride *Des Commissionnaires* N° 44; Alauzet *Commentaire du code de Commerce* T. II, N° 859).

Le commissionnaire ne répond en rien des effets de la substitution, à une condition cependant, c'est qu'il n'ait pas commis de faute dans le choix de son substitué.

Lorsque empêché de se livrer lui-même à l'exécution de l'ordre qu'il a reçu, il confie cette exécution à un tiers, le commissionnaire fait ici un acte de prévoyance éclairée; il protège l'intérêt qui lui était confié et se conforme en un mot à l'esprit de ses instructions. MM. Lyon-Caen et Renault disent que « les besoins du commerce, le danger de manquer beaucoup d'opérations doivent faire admettre, à moins qu'il n'y ait de prohibition formelle, qu'en présence d'un cas fortuit, le commissionnaire agissant au mieux des intérêts du commettant n'encourt aucune responsabilité ». (*Précis de Droit commercial* T. III N° 462). D'après les circonstances le commissionnaire qui n'userait pas de cette faculté de substitution pourrait même être déclaré responsable de sa négligence.

En résumé, tout le monde admet que le commissionnaire empêché par le cas fortuit peut et même

doit faire la substitution. C'est en effet la solution la plus conforme aux intérêts du commettant et à l'équité.

ARTICLE 3

Cas où la substitution a été autorisée

Lorsque la substitution a été autorisée, il faut rechercher si le commettant a posé ou non des conditions à cette substitution. S'il a précisé les circonstances dans lesquelles elle pourra s'opérer, la personne ou le genre de personnes à choisir, il est évident que le commissionnaire est tenu de se conformer au contrat, et ne peut sous-commissionner que dans les conditions fixées par son commettant. Mais si la personne désignée refuse, certains ont pensé que la responsabilité du commissionnaire serait à couvert si s'étant procuré la preuve de ce refus il faisait, en raison de l'urgence, un autre choix. Il en serait de même, si, au moment de la substitution, la personne désignée n'était plus digne de confiance. Le commissionnaire devrait alors en avvertir son commettant, ou procéder immédiatement au remplacement du substitué, si l'affaire ne comportait pas de retard. Mais si le commettant n'a donné aucune indication et s'en est remis à l'habileté du commissionnaire, celui-ci doit se substituer une personne remplissant

toutes les conditions voulues au point de vue de la probité et de l'honnêteté commerciales. Il sera donc responsable, comme le dit la loi, s'il a fait choix d'une personne notoirement incapable ou insolvable. A raison de la rémunération que le commissionnaire reçoit, il y a lieu d'exiger de lui un soin particulier dans le choix du substitué. En vertu de cette considération, il doit être déclaré, à cet égard plus facilement responsable que le mandataire (V. sur ce point Casaregis *Disc. leg. de com.* 36; Delamare et Le Poitvin N° 60; Lyon-Caen et Renault *Traité de droit commercial* T. III N° 460).

ARTICLE 4

Cas où toute substitution est prohibée

Lorsqu'il a été défendu au commissionnaire d'user de la substitution, aucun doute n'est possible : Il n'a qu'à se conformer à l'ordre reçu. C'est une règle certaine et le commissionnaire ne doit pas enfreindre les ordres du commettant, même si ce dernier n'a pas accepté le cas fortuit, la force majeure ou la maladie. Lorsque ces circonstances se présentent, il doit avertir son mandant de l'impossibilité où il se trouve d'exécuter l'opération et attendre de nouveaux ordres.

Mais que décider lorsque le commissionnaire a

irrégulièrement pratiqué la substitution ? Le mandant ayant voulu que l'affaire soit personnellement traitée par son mandataire, son intention ne comporte pas de tempérament, et, si le commissionnaire ne s'y conforme pas, la substitution qu'il fait n'aura aucune valeur, elle sera nulle et illégale. Il est évident que le tiers qui aurait traité avec le substitué n'aurait pas à souffrir de cette nullité pourvu qu'il fût de bonne foi, mais les rapports du substituant et du commettant s'en trouveraient singulièrement modifiés. En effet d'un côté si le commissionnaire illégalement substitué gère mal les affaires du commettant, celui-ci poursuivra le commissionnaire pour obtenir réparation de la perte éprouvée par lui à la suite de cette mauvaise gestion. D'un autre côté, le commissionnaire ne pourra réclamer au commettant les avances et frais faits pour l'exécution du mandat. Cette restitution est due au commissionnaire lorsqu'il a agi sans faute, au mieux des intérêts du commettant, et en tenant compte de ses instructions ; mais ce n'est pas le cas ici, car il a commis une faute grave en transgressant les ordres reçus, et en opérant une substitution qui lui était interdite.

Passons aux rapports du commettant et du sous-commissionnaire. On ne saurait alléguer en faveur de celui-ci qu'il y a eu gestion d'affaires, car le mandant en prohibant toute substitution a formelle-

ment défendu la gestion. Le mandat, qui donne naissance à la gestion d'affaires fait défaut. Il n'est pas possible d'admettre la présomption lorsque le mandat a été formellement dénié. Toullier enseigne que celui qui a géré malgré la défense n'a pu avoir d'autre intention que de gratifier le propriétaire, et qu'il n'en peut avouer une autre. « On ne peut reprendre ce qu'on a donné ou ce qu'on est présumé avoir donné » (Toullier. *Droit commercial*).

Il semble qu'il faille faire une distinction. Si l'affaire n'a pas réussi, le mandant doit être indemnisé de sa perte, et il ne le serait pas s'il était encore obligé de payer tous les frais de l'affaire et les honoraires du substituant. Par conséquent le commissionnaire aura à supporter non seulement l'indemnité résultant de la perte, mais en plus tous les frais de l'opération. Cependant si l'affaire a réussi et que le commettant réalise un bénéfice, aura-t-il le droit de se refuser au remboursement des avances faites par le commissionnaire et des frais de commission?

La loi romaine ne reconnaissait à la charge du mandant aucune obligation. Sans doute le gérant était tenu par l'*actio negotium gestorum directa* vis-à-vis du maître, mais il n'était pas admis à exercer d'action contre lui. Justinien (l. 24 — *C. De Neg. gest.* — 11-19) dit bien que quelques jurisconsultes donnaient au gérant l'*actio negotium gestorum con-*

traria, les uns comme action directe, les autres comme action utile, mais lui-même, s'appuyant sur l'opinion de Julien, refuse toute action directe ou utile contre le propriétaire, du jour où ce dernier a signifié sa prohibition. Le commettant ne doit rien pour une opération qu'il avait défendue, et le commissionnaire est considéré comme ayant agi *animo donandi* : « *Sancimus si contradixerit dominus et eum res suas administrare prohibiverit secundum Juliani sententiam, nullam esse adversus eum (vel directam, vel utilem) contrariam actionem.* » La doctrine romaine a été reprise par nos anciens auteurs.

Casaregis et Pothier, tout en admettant en théorie l'opinion romaine, faisaient des réserves au point de vue pratique. L'équité naturelle, qui ne permet pas de s'enrichir au détriment d'autrui, oblige à indemniser le commissionnaire de ce qu'il a dépensé jusqu'à concurrence du profit fait par le commettant.

Après examen de la difficulté, le jurisconsulte italien n'admettait pas qu'on pût attaquer le texte formel de la loi impériale, mais pensait qu'on pouvait très facilement faire fléchir la règle dans les rapports du commettant avec le commissionnaire qui doivent surtout être réglés par la bonne foi et l'équité plutôt que par les principes rigoureux du droit. (Casaregis. *Disc. leg. de com.* 30 n° 93).

Parmi les modernes, Delamare et Le Poitvin pen-

sent, comme Pothier, que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, et admettent l'obligation du commettant. Bédarride fait une distinction. Si le commettant refuse l'opération, il n'a que le droit de recevoir la valeur réelle et intégrale de la chose, et c'est cette valeur que le mandataire lui remboursera : « S'il prend l'opération à son compte, la faute, l'excès de pouvoir, l'irrégularité disparaît et s'efface ; l'acceptation de l'opération est virtuellement la ratification de celle-ci. Il doit le remboursement des avances et frais, puisque la ratification ayant effacé la faute, la condition exigée se trouve accomplie. (V. Bédarride. *Des commissionnaires* n° 59).

Quoique, en droit pur, il paraisse plus juste que le commettant ayant défendu la substitution, ne soit pas contraint d'accepter l'opération et d'en payer les frais, il est certainement plus équitable qu'il le fasse, s'il en a profité.

La jurisprudence a été appelée à donner son avis sur la substitution en matière de commission, un arrêt de la Cour de cassation a décidé, que, quand un négociant confie sa marchandise à un commissionnaire avec mandat d'en opérer la livraison et d'en toucher le prix, et que celui-ci s'est substitué un autre commissionnaire avec lequel il est en rapports habituels et en compte courant, le substitué est valablement libéré du prix reçu quand il l'a porté en compensation du compte courant. L'expéditeur n'a

dans ce cas à exercer aucune action directe contre lui. (Cas. 18 juin 1854. D. 1854-1-129).

Il a été jugé aussi qu'en matière commerciale pour qu'il y ait faute dans la substitution il n'est pas nécessaire que le substitué soit notoirement incapable ou insolvable ; il suffit qu'il ne soit pas notoirement capable ou solvable. Et il a été décidé que dans le cas où il lui est impossible d'exécuter l'ordre, le commissionnaire chargé de la vente d'une marchandise ne répond pas de son substitué lorsque la substitution a été nécessitée par l'intérêt de l'opération. (Nantes 26 mai 1866 — Rec. jur. Nantes 1866-1-231 ; Marseille 16 juin 1873-1-238).

Enfin un jugement de la Cour de Lyon rendu à propos d'un commissionnaire d'un genre particulier que nous étudierons plus tard : le commissionnaire Ducroire, le rend responsable et l'oblige à réparer le préjudice résultant des fautes lourdes commises par le tiers qu'il a désigné et des ventes faites par ce tiers contrairement aux instructions du commettant. (Appel Lyon — 10 juin 1893 — *Gazette du Palais* 1893-2-256).

La plupart des codes étrangers sont muets sur la question de la substitution, et les tribunaux de commerce étrangers suivent en cette matière les principes de l'équité.

Parmi ceux qui cependant ont traité de la substitution en matière de commission, nous citerons la

loi anglaise qui s'y montre tout à fait réfractaire. Le pouvoir donné ne peut être exécuté que par celui-là seul à qui il est confié ; la confiance étant personnelle n'est point transmissible à un étranger.

D'après le code espagnol le commissionnaire remplit son mandat par lui-même et il ne peut déléguer ses pouvoirs sans le consentement préalable du commettant ; s'il a délégué ses pouvoirs, il est responsable des actes de la personne qu'il s'est substituée. (Art 261).

Toutes les législations dérivant de source espagnole, le code chilien par exemple, défendent la substitution au commissionnaire, à moins qu'il n'y soit autorisé par le commettant explicitement ou implicitement. Le code argentin ne le permet qu'en cas de nécessité.



CHAPITRE II

DE L'OBLIGATION DE RENSEIGNER LE COMMETTANT

Nous avons étudié la première obligation principale incombant au commissionnaire, c'est-à-dire le devoir d'exécuter l'opération dont il a été chargé en se conformant aux ordres du commettant, et en agissant en commerçant soigneux. Il nous faut maintenant analyser une seconde obligation du commissionnaire, intimement liée à la première, et destinée à la compléter dans l'intérêt du commettant : l'obligation de renseigner le maître de l'affaire.

Cette obligation produit ses effets, avant, pendant et après l'opération. Avant l'opération, le commissionnaire donnera au commettant tous les avis nécessaires. Nous avons vu qu'il ne devait pas être un instrument aveugle, mais qu'il devait transmettre à son mandant tous les renseignements utiles à la bonne exécution de l'opération. C'est une obligation commune à tous les commissionnaires que de fournir au commettant tous les renseignements et avis qui peuvent lui être utiles pour la direction des opérations qu'ils effectuent. (V. Trib. com. Seine

12 avril 1881. *Pandectes françaises — Commissionnaire* n° 164).

Mais le commissionnaire est responsable des renseignements qu'il donne et il devra indemniser le commettant de la perte occasionnée par des avis faux ou inexacts. En principe, et sauf une exception que nous étudierons plus tard, en ce qui concerne le commissionnaire Ducroire, le commissionnaire n'est pas responsable de la solvabilité future des clients qu'il procure à son commettant. Mais il en est autrement lorsqu'il donne à tort sur l'acheteur de bons renseignements, sur la foi desquels le commettant a traité avec celui-ci. (Trib. civ. Seine — 15 février 1894. *Gaz. du Palais* 1894-1-984).

Le commettant a le droit d'exiger du commissionnaire, non seulement qu'il donne les renseignements sur les tiers, mais encore qu'il fasse connaître à ces mêmes tiers tout ce qu'il est nécessaire ou utile de savoir pour la vente ou l'achat des marchandises.

Mais il ne faut pas pour cela que le commissionnaire aille jusqu'à enfreindre les règles de sa profession. Ainsi, quand il agit en son nom, il ne doit pas, en principe, faire connaître le nom du commettant. Ce dernier peut avoir un grand intérêt à ce que son nom ne soit pas dévoilé : intérêt pécuniaire ou personnel. C'est souvent pour assurer le secret du nom dans les opérations commerciales que l'on a recours à un commissionnaire. Cependant

il faut tenir compte avant tout des circonstances. Dans certains cas, en effet, le commettant, loin de vouloir taire son nom, peut tenir à ce qu'on sache qu'il fait des opérations importantes.

Ce n'est pas seulement l'équité, mais la loi, qui impose au commissionnaire le devoir de donner ces renseignements. Elle lui ordonne de tenir son commettant au courant des occasions bonnes ou mauvaises de vente ou d'achat. Ainsi, pour nous servir d'un exemple donné par MM. Lyon-Caen et Renault, apprend-il que l'importation des marchandises étrangères va être prochainement prohibée ou grevée de droits de douane plus élevés, il doit en prévenir le commettant, afin que celui-ci puisse en remettre la vente à une époque ultérieure à laquelle, grâce au privilège dont jouira l'industrie nationale, ces marchandises pourront se vendre à un prix supérieur.

Après l'exécution de l'opération, le commissionnaire doit naturellement avertir son commettant de la réalisation de son ordre, et il doit l'avertir le plus vite qu'il pourra. Ainsi, si le commissionnaire a acheté certaines marchandises à un prix avantageux pour son mandant, et qu'il ait négligé de l'informer de cet achat, celui-ci pourra le rendre responsable de cette faute, s'il a manqué une bonne occasion de revente.

Si le commissionnaire est tenu de donner à son

commettant tous les renseignements voulus sur l'opération, il n'est pas obligé en principe d'indiquer le nom du tiers avec lequel il a contracté. En le faisant, il courrait le grand risque de voir périliter ses affaires, car le commettant, en possession du nom du tiers, pourrait traiter directement avec lui et gagner ainsi le droit de commission qu'il payait à l'intermédiaire.

Il faut avouer que tous les auteurs n'ont pas admis intégralement cette théorie. Les uns reconnaissent que le commissionnaire doit, dans tous les cas, faire connaître à son commettant le nom du tiers avec qui il a traité; c'est le seul moyen, disent-ils, qui permette de contrôler l'exactitude des déclarations faites par le commissionnaire quant au prix et aux conditions stipulées. Pour Alauzet notamment, la règle générale est le droit, pour le commettant, de connaître le nom de ses acheteurs ou de ses vendeurs, à moins que cette prétention ne soit élevée de mauvaise foi. Le commissionnaire ne peut dans aucun cas au moins refuser les justifications qui lui sont demandées, s'il est actionné pour fraude, sauf les dommages-intérêts qui lui seraient accordés s'il trouve qu'il est innocent du dol dont on l'accuse.

C'est aussi l'opinion consacrée par la jurisprudence à propos du commissionnaire Ducroire. La cour de Poitiers dans un arrêt du 24 mai 1859

décida que ce commissionnaire était tenu comme tout autre commissionnaire de faire connaître à son commettant les noms de ceux avec qui il a contracté, à moins qu'il ne soit à craindre que le commettant exige la communication de ces noms dans le but de lui dérober sa clientèle (Poitiers 24 mai 1859, S. 1860-2-114).

Nous croyons cependant qu'à moins de convention contraire, on doit décider que le commissionnaire a le droit de garder, à l'encontre de son commettant, le secret sur le nom de ses clients. En effet, si l'on admettait la théorie précédente, le commettant, sous le prétexte d'une demande de justifications, pourrait obtenir le nom des clients sans que le commissionnaire pût se refuser à le lui donner ; il lui sera en effet très difficile et souvent même impossible de prouver que le commettant veut lui dérober sa clientèle. Une fois en possession de ces noms, le commettant de mauvaise foi pourrait faire des offres directs aux tiers ou les engager à lui en faire, ce qui porterait préjudice à son mandataire. C'est d'ailleurs l'opinion de MM. Lyon-Caen et Renault et avant eux de Pardessus : « Un commettant de mauvaise foi, dit ce dernier auteur, pourrait abuser de cette espèce de renseignements, et faire dans la suite des offres directs de service aux correspondants de son commissionnaire qu'il aurait connus par ce moyen. » (Pardessus. *Cours de droit commercial* n° 564).

La jurisprudence, elle aussi, a rendu plusieurs arrêts en ce sens. Elle a décidé notamment que le commissionnaire chargé de vendre n'est pas obligé de révéler à son commettant le nom de ses clients lorsque la sincérité des prix de vente n'est pas sérieusement contestée, et que cette révélation n'est pas nécessaire à la justification du compte, alors surtout que les parties ont stipulé la clause *Du croire*. (Bordeaux 14 juin 1858. Cassation 7 décembre 1858 S. 1859-1-305 D. P. 1859-1-175 ; Poitiers 24 mai 1859 D. P. 1860-5-62 ; Bordeaux 25 février 1875 *Pandectes françaises* V. *Commissionnaires* n° 571).

Il a été jugé aussi que le commissionnaire qui ne fait pas connaître à son commettant le nom du tiers auquel il a vendu la marchandise ne doit pas être regardé par cela seul comme commissionnaire responsable. (Paris 26 février 1864. *Pandectes françaises* V. *Commissionnaires* n° 572).

Il nous paraît juste que le commissionnaire ne soit pas tenu d'indiquer au commettant le nom du tiers, à moins que ce dernier n'ait des preuves certaines que le commissionnaire ne lui rend pas un compte exact. Quoique la jurisprudence, surtout dans ces derniers temps, se soit fréquemment prononcée en sens contraire, nous citerons encore, en faveur de notre théorie, un arrêt du 14 janvier 1858 décidant que le commissionnaire n'est pas obligé de faire connaître à son commettant le nom des tiers avec

lesquels il a traité pour le compte de celui-ci, quand ils répondent de leur solvabilité. Un intérêt avouable, celui de la conservation de son industrie et de ses relations peut l'en dispenser selon la nature des affaires et l'usage des lieux. (Bordeaux 14 janvier 1858 S. 1858-2-310).

Mais l'arrêt type auquel nous nous rallions, parce qu'il donne la satisfaction la plus complète à l'équité est l'arrêt rendu par la cour de cassation le 30 mars 1859. La cour reconnaissait que le commissionnaire peut, en règle générale et suivant les usages du commerce, refuser de faire connaître à son commettant les noms des tiers avec lesquels il a traité, sauf le droit qui appartient aux tribunaux de s'écarter de cette règle suivant les circonstances, et d'ordonner toutes les justifications qu'ils jugent nécessaires pour s'éclairer sur les éléments du compte à rendre par le commissionnaire à son commettant. (Cassation 30 mars 1859 D. 1860-1-112. V. dans le même sens Marseille 7 avril 1878; Aix 10 août 1878; V. Lyon-Caen et Renault. *Précis de droit commercial* T. III p. 340 note 1).

Mais plus récemment un arrêt de la cour de Bordeaux a décidé que lorsqu'une personne accepte de représenter un négociant sur une place, qu'elle devient son commissionnaire et traite en son nom avec des tiers, elle ne peut refuser de lui faire connaître le nom des personnes auxquelles elle vend

ses marchandises. (Trib. com. Bordeaux 8 avril 1889. La loi — du 20 décembre 1889).

C'est dans le sens de ce dernier arrêt, contraire au précédent, que la jurisprudence s'est de plus en plus fixée.

Elle n'a fait d'exception qu'en faveur du commissionnaire Ducroire et cette exception confirme la règle. Il serait injuste en effet de forcer le Ducroire à faire connaître le nom de ses clients à son commettant. En effet la convention de Ducroire, que nous étudierons bientôt, rend le commissionnaire garant de la solvabilité du tiers et de la réalisation de l'affaire ; le commettant est donc sûr d'être indemnisé en cas de perte et n'a aucun intérêt avouable à connaître le nom de celui avec lequel il a traité.

Tous les auteurs l'ont d'ailleurs reconnu, et la jurisprudence l'a confirmé. La Cour de cassation a reconnu au commissionnaire Ducroire le droit de taire le nom des tiers avec qui il a contracté. L'arrêt de la Cour de Poitiers cité plus haut dit aussi : « Attendu qu'il est admis notamment en doctrine et en jurisprudence que le commissionnaire Ducroire puisse être affranchi de l'obligation de faire connaître à son commettant les noms de ceux avec lesquels il a traité et que cette exception est faite en sa faveur eu égard aux circonstances, et en vue de sauvegarder ses intérêts contre l'abus qui pourrait

vouloir être fait de ses communications pour lui dérober sa clientèle... »

Enfin, dans la jurisprudence la plus récente, le commissionnaire Ducroire a seul été reconnu fondé à refuser de faire connaître le nom des contreparties dont il est l'intermédiaire. Du reste, l'article 541 du code de procédure s'oppose à ce qu'il puisse être tenu de fournir des communications permettant de procéder à la revision des comptes des marchés ratifiés et d'en établir la fixité. (Appel Rouen 5 mai 1897 ; V. *Gazette des tribunaux* n^{os} des 28 et 29 juin 1897).

Au contraire la jurisprudence ne reconnaît pas au commissionnaire simple le droit de garder pour lui le nom du tiers avec qui il a contracté.

Les lois étrangères contiennent diverses dispositions sur le point de savoir si le commissionnaire est tenu d'indiquer aux tiers le nom du commettant et au commettant le nom des tiers. Les codes de commerce étrangers déclarent à l'unanimité, qu'à moins de dispositions contraires de la part du commettant, le commissionnaire ne doit pas dévoiler le nom de son mandant à ceux avec qui il contracte. Cependant quand il est chargé d'agir au nom du commettant, tous reconnaissent, ce qui va de soi et n'a pas besoin d'être dit, qu'il doit faire connaître le nom de ce dernier. Telle est notamment la décision du code espagnol qui ajoute : « lorsqu'il con-

tracte en son nom personnel il n'est pas obligé de faire connaître le nom de son commettant ». (Art. 245).

Reste la deuxième question : le commissionnaire est-il tenu d'indiquer au commettant le nom du tiers avec lequel il a contracté ? En thèse générale dit la loi belge, le commissionnaire n'est pas tenu de faire connaître à son commettant les noms des vendeurs ou des acheteurs avec qui il a traité. Il n'est tenu de les dénoncer, que, si les faits articulés contre lui sont de nature à faire suspecter la sincérité de son compte ou si son commettant a un intérêt majeur à connaître les tiers. Il appartient aux tribunaux d'apprécier si les circonstances exigent cette communication.

Le code de commerce portugais admet aussi, qu'en cas de vente à crédit, le commissionnaire doit, sauf le cas de Ducroire, inscrire dans les comptes et avis les noms des acheteurs. Autrement il sera entendu que la vente a été faite au comptant. Il procédera, ajoute l'article 273, de la même manière pour toutes espèces de contrat qu'il fera pour compte d'autrui dès que les intéressés l'exigeront ainsi.

Même disposition dans le code roumain. L'article 410 oblige en effet le commissionnaire qui vend à crédit à indiquer à son commettant dans la lettre d'avis la personne de l'acheteur et le terme accordé,

sans quoi, l'opération est réputée faite au comptant; la preuve contraire n'est pas admise.

Les autres lois étrangères et en particulier le code allemand n'exigent pas du commissionnaire la révélation du nom des tiers, mais ils disent formellement qu'il est tenu de remettre au commettant ce qu'il est en droit d'exiger en vertu de l'opération, par exemple le nom du tiers lorsque le commettant soupçonne le commissionnaire d'indélicatesse dans ses opérations.



CHAPITRE III

DE L'OBLIGATION DE RENDRE COMPTE

Le commissionnaire, avons-nous dit, doit exécuter l'opération dont on l'a chargé ; il doit aussi donner au commettant tous les renseignements utiles ; enfin, lorsque le mandat est accompli, il doit rendre compte de l'exécution de l'affaire. Il est tenu de cette dernière obligation en sa qualité de mandataire contraint par cela même de faire connaître à son mandant comment il a exécuté l'opération. Cette obligation lui est imposée par l'article 1993 du code civil. « Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion et de faire remise au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant. » La loi est donc formelle et aucun commissionnaire ne peut se soustraire à cette obligation. Le contrat commercial de commission entraîne par lui-même le devoir pour le mandataire de rendre compte de sa gestion, et, sauf stipulation contraire, cette obligation s'impose aussi bien au commissionnaire Ducroire qu'au commissionnaire

ordinaire. Si, dans certains cas, le commissionnaire peut devenir la contre partie directe de son commettant, c'est à la condition que ce dernier ait eu connaissance de cette situation et qu'il l'ait acceptée, ou bien que les usages constants de la place sur laquelle il opère l'y autorisent. (Trib. com. Seine, 22 mai 1897. V. *Gazette du Palais* 1897-2-149).

L'obligation de rendre compte avait été admise par la loi romaine. Gaius nous l'a dit au *Digeste* (L. III T. III L. 46 § 4 *De procuratoribus*) « *Procurator ut in ceteris negotiis gerendis ita et in litibus bona fide rationem reddere debet* ». Quiconque administre les affaires d'autrui doit rendre un compte de bonne foi.

Le principe est encore posé par les anciens auteurs et l'ancienne jurisprudence. L'obligation de rendre compte, dit la *Rota Genuensis*, ne dérive pas seulement du droit naturel; elle est souvent reconnue, et depuis longtemps, dans les opérations commerciales, par ce qu'elle est une nécessité du bon ordre dans le commerce. « *Reddendum esse gestorum rationem nedum juris autoritas tam humani quam divini sed etiam frequens et longaevus inter mercatores ob publicam commoditatem et commercia hominum conservanda usus recepit et comprobavit.* » (Rot — Gênes Décis 165).

Delamare et Le Poitvin parmi les modernes, dé-

clarent qu'il n'est pas dans le droit de vérité plus certaine et plus pratique. L'obligation de rendre compte est inhérente au contrat. « Elle en est la conséquence même, disent Marcadé et Pont, et on peut affirmer qu'elle est en quelque sorte inséparable de l'idée de mandat, en ce sens que celui qui accepte le mandat s'oblige par là même en l'absence de toute stipulation à cet égard à rendre compte de sa gestion. » (Marcadé et Pont. *Code civil* T. VIII n° 1002).

Le commissionnaire doit rendre compte de l'exécution du mandat, par conséquent il est responsable de cette exécution. Il ne doit pas être entièrement assimilé au mandataire civil qui n'est tenu de rendre compte que de son mandat : il doit forcer les tiers avec lesquels il a traité à exécuter leurs engagements sinon il s'expose à une action en dommages-intérêts. (Trib. Neufchâteau 27 décembre 1883. V. *Gazette Palais* 1884 Supplément T. I p. 41).

Mais que doit faire le commissionnaire en cas de contestation du compte pour être à l'abri de toute poursuite ? Pour pouvoir répondre victorieusement à toute poursuite le commissionnaire doit rendre un compte fidèle. Aucune formalité particulière n'est prescrite pour cette reddition de compte à l'égard du commissionnaire qui n'est pas commerçant et fait accidentellement des actes de commission. Mais, le devoir d'un comptable, devoir qui lui est imposé par la loi, est d'avoir des écritures régulières. Nous avons

en vue ici le commissionnaire de profession soumis par conséquent aux lois du commerce. Pour celui-là, la loi prescrit la tenue régulière de trois livres de commerce : le journal, le copie-lettres, et l'inventaire annuel. Le premier est certainement le plus important de tous. C'est le livre principal et fondamental, car il doit relater à leur date et par articles séparés toutes les opérations du commerçant. Mais avec le livre journal seul, le commissionnaire serait incapable de saisir l'ensemble de ses opérations sans se livrer à un travail long et pénible. Il se servira donc de livres supplémentaires. Ce sera surtout le grand livre qui n'est pas exigé par la loi, mais qui a cependant une grande utilité, car il donnera une grande clarté aux opérations du commissionnaire en synthétisant les affaires qu'il passe en exécution du mandat, et en faisant ressortir la personnalité du commettant. La loi demande aussi avec raison au commissionnaire commerçant de copier ses lettres et de mettre en liasse celles qu'il reçoit ; leur conservation est importante, car elles présentent des détails que ne peut contenir le livre journal, par exemple : les conditions des contrats passés par le commissionnaire. De plus elles sont souvent les seules preuves de la conclusion de toutes ses opérations. Enfin le livre des inventaires est lui aussi nécessaire ; car en y copiant l'inventaire que l'on doit faire tous les ans, on connaît exactement sa situation commerciale, et l'on empê-

che ainsi la fraude et l'altération des écritures du livre journal qui ne cadrerait plus avec le livre des inventaires.

La bonne tenue de ces livres est très importante, car c'est d'elle que dépend l'exactitude du compte. Aussi le commettant peut-il les contrôler. Il a le droit d'exiger du commissionnaire la justification de ses agissements et de l'exécution des ordres qui lui ont été donnés, tant qu'il n'a pas ratifié expressément les agissements du commissionnaire. (Trib. com. Havre 9 janvier 1894. *Pandectes françaises*. V. *Commissionnaires* n° 67). En cas de contestation le tribunal a un droit de vérification. Le commissionnaire, qu'il soit ou non Dueroire, est toujours tenu comme mandataire de rendre compte à son mandant. Les justifications qu'il doit fournir peuvent ne pas résulter suffisamment de la confirmation des marchés par les contre-parties. Dans ce cas le tribunal peut, d'office et par application de l'article 15 du code de commerce, ordonner la production en chambre du conseil des livres du commissionnaire pour en extraire ce qui concerne le différend. (Trib. com. Seine 12 mars 1898. *Le droit* du 20 avril 1898).

La production des livres de commerce en cas de contestation n'est pas née d'hier, et cela s'explique, car c'est une des nombreuses conditions que réclame la reddition de compte pour être entière et parfaite. Il est indispensable, disait Casaregis, que les livres

de commerce soient produits, et cela est tellement vrai que s'il ne le sont pas, la reddition de compte est dite imparfaite : *Redditio rationis plura requirit ut diceretur integra et perfecta. Et primo et indispensabiliter necesse quod libri administrationis exhibeantur ad effectum... Quod adeo verum est ut, libris non exhibitis, semper ratio dicatur imperfecte reddita.* » (Disc. leg. de com. 102 n^{os} 37 et 38).

D'ailleurs la production des livres écartera toutes les difficultés ; ce sera un moyen prompt et facile pour le commissionnaire de faire ratifier son opération, et une fois l'opération ratifiée, de toucher le droit de commission auquel il ne peut prétendre pour un marché qu'il ne prouve pas avoir été ratifié par son commettant. (Bordeaux 12 mars 1889).

En règle générale, le commissionnaire doit rendre compte. Mais on peut cependant imaginer des cas où le contrat le dispense de cette obligation. Il est très rare, pour ne pas dire impossible, qu'une pareille convention intervienne en pratique, mais on peut la concevoir en théorie. Delamare et Le Poitvin ne l'admettent pas sous prétexte que l'obligation de rendre compte fait partie du mandat : « Que serait un mandat dont le gérant aurait la faculté de ne pas faire raison de ses agissements. » (*Traité du contrat de commission* T. II n^o 461.) Ils admettent par contre que le commissionnaire peut être dispensé de présenter des pièces justificatives.

L'ancienne jurisprudence a offert des exemples de cette stipulation et décidé que si le mandant s'était obligé à rembourser au commissionnaire toutes ses avances sur le simple état qu'il en rapporterait, il serait par cela seul dispensé de présenter des pièces justificatives des emplois. (Mertin. *Répertoire*, V. *Mandat* § 4).

Mais la clause par laquelle le commettant dispense le commissionnaire de rendre compte n'est-elle pas contraire à la nature du mandat ? Cette question a été résolue par un arrêt de la chambre civile de la cour de cassation du 24 avril 1831 dans le sens de l'affirmative, mais dans un cas spécial. La cour décida que la dispense de rendre compte donnée par le mandant au mandataire peut être déclarée licite et valable, du moins s'il s'agit d'un mandat confié par un fils à son père, et que la dispense de rendre compte paraisse avoir eu pour objet de procurer des aliments au père. (S. 1831-1-316).

Certains auteurs admettent cependant en toutes circonstances que si les règles du mandat forcent le mandataire à rendre un compte fidèle au mandant, elles peuvent cependant fléchir devant la convention contraire. Le commettant peut en effet dispenser le commissionnaire de la reddition de compte et cette clause ne peut certainement être considérée comme illicite et immorale. « V. en ce sens Marcadé et Pont. *Code civil*, L. VIII n° 1002). M. Guillouard croit aussi

que le mandant peut dispenser le mandataire de rendre compte de son mandat, pourvu que le mandant soit capable de faire une libéralité et le mandataire capable d'en recevoir une du mandant. « En effet, dit-il, la dispense de rendre compte en permettant au mandataire de ne pas remettre exactement tout ce qu'il a reçu pour lui implique l'idée d'une libéralité ou du moins rend une libéralité possible sous cette forme, et une telle dispense ne serait pas valable à notre avis de la part d'une personne incapable de donner au mandataire » (*Du mandat* n° 133).

En tout cas, la convention qui affranchit le mandataire de produire des pièces justificatives ou le tient quitte de tout compte doit être expresse. Elle ne peut s'induire de cette circonstance que le commissionnaire aurait reçu une décharge générale de la part du commettant qui n'a pas eu le temps par exemple de vérifier les erreurs et les omissions du compte.

Delamare et Le Poitvin enseignent le contraire : « Quant au lieu d'un compte établi et signé des parties, disent-ils, il n'existe qu'une reconnaissance ou une quittance de solde, point de redressement possible ; hors le cas d'un dol prouvé, les parties sont réputées avoir transigé sur les erreurs, omissions, faux ou doubles emplois qu'elles ont pu commettre. » (*Traité du contrat de commission* T. II n° 474). Il nous

semble que cette opinion n'est pas admissible. Elle n'a d'ailleurs pas été consacrée par la jurisprudence. La cour de Nancy a déclaré que le mandataire qui a reçu des sommes d'argent pour son mandant est tenu de fournir un compte détaillé de leur emploi, quoiqu'il lui en ait été donné décharge générale, si ce compte n'a pas été remis auparavant au mandant en sorte que celui-ci soit dans l'impossibilité de vérifier s'il renferme des erreurs, omissions, faux ou doubles emplois. (Nancy 25 avril 1844; S. 1845-2-151).

Le commissionnaire doit rendre un compte fidèle et exact de ses actes; par conséquent, il ne peut en dehors du droit de commission tirer aucun profit de ses opérations. Le commissionnaire vendeur doit tenir compte à son commettant de la totalité du prix de vente des marchandises, sauf convention contraire. Il ne peut retenir aucune somme, si minime soit-elle, en compensation des pertes ou frais généraux qu'il aurait à supporter. (Lyon 2^e chambre 21 février 1882. V. *Gazette du Palais 1881-1882* T. II p. 255). Si le commissionnaire a acheté à un prix plus élevé ou vendu au-dessous de la limite qui lui était fixée il est tenu de la différence, mais il ne pourrait prétendre par réciprocité s'approprier le gain qu'il aurait fait en vendant d'autres marchandises au-dessus ou en achetant au-dessous des ordres qu'il avait reçus. C'est une règle d'équité et de droit

que, rétribué ou non rétribué pour ses agissements, le commissionnaire ne peut tirer, à part son salaire, aucun profit de la commission.

Les jurisconsultes romains trouvaient contraire à la bonne foi que quelqu'un profite d'une opération qui lui avait été confiée en dehors des honoraires qui lui étaient dus : « *Bonæ fidei non congruit ne quis de alieno lucrum sentiat, nisi remunerandi causa* » (L. xx *Dig. mandati* xvii-1).

Dans le chapitre des recettes le mandataire doit faire figurer tout ce qu'il a reçu, quand même, dit l'article 1993, ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant. Bien entendu si le mandat est illicite le mandant ne peut obtenir de la justice d'être écouté sur ses réclamations ayant trait à des causes contraires aux lois, mais le commissionnaire doit-il compte des profits illicites qu'il a faits en exécution de son mandat? On n'admettait pas à Rome en matière d'association qu'un associé pût communiquer des gains illicites qu'il avait faits avec la chose commune, un tel acte étant honteux et contraire à l'honnêteté. Mais en matière de gestion d'affaires, si le *negotiorum gestor* parvenait par une adresse coupable à faire des profits illicites, on admettait volontiers qu'il devait les restituer à son mandant. La solution en matière de gestion d'affaires a été appliquée à l'espèce voisine du mandat et a passé dans le code civil avec l'approbation de tous les auteurs.

Le mandataire doit se renfermer dans un rôle passif et exécuter aveuglément les prescriptions du mandant. Peu importe si ce dernier est dans son droit; il est du devoir du mandataire d'exécuter fidèlement les ordres de son mandant. (V. en ce sens Troplong. *C. civil du mandat* n° 426).

M. Guillouard se range à cet avis. « Voici dit-il comment la question se posera : « Le mandant dit au mandataire : vous me devez compte de telle somme que vous avez reçue en exécutant le mandat que je vous ai donné, et comme celui-ci ne pourrait se défendre qu'en disant : j'ai fait une opération illicite; et que ce mode de défense ne peut être accepté devant la justice, il devra être condamné à restituer tous les profits qu'il a faits sans distinction entre les profits illicites et les profits licites. » (*Du mandat* n° 136).

Le commissionnaire est en effet un intermédiaire et n'est pas chargé de résoudre des questions de propriété qui ne le concernent pas. Il est certain qu'il doit compte à son commettant de l'intérêt des sommes qu'il détient du jour où il a été mis en demeure. Il doit aussi celles qu'il devait recevoir et que par sa faute il n'a pas reçues; c'est ce qui aurait lieu par exemple s'il pouvait vendre à un prix plus élevé que celui indiqué par le commettant et qu'il ne l'ait pas fait. Le commissionnaire est coupable d'un abus de confiance lorsqu'il ne tient pas compte

à son commettant d'une somme quelconque par lui perçue. (Appel Rouen 7 juin 1878 S. 1879-2-242).

Le commissionnaire chargé d'acheter des marchandises doit tenir compte à son commettant des escomptes et bonifications qui lui ont été accordés par les vendeurs lors des achats qu'il a faits pour le commettant; en conséquence il ne peut prétendre profiter de ces avantages en sus de son droit de commission. (Lyon 23 août 1831 S. 48-2-485; D. P. 33-2-69; Rouen 27 mars 1847. S. 1848-2-485).

Un commissionnaire ne doit pas user de fraude dans ses opérations; il ne doit pas par exemple facturer à son commettant les marchandises à un prix supérieur au prix réel d'achat. Ce mode d'agir sévèrement réprimé était cependant usité dans quelques villes de France, sous le nom de système de doubles factures. Le commissionnaire acheteur se fait remettre par le vendeur deux factures, l'une indiquant le prix réel et qu'il garde pour lui, l'autre indiquant un prix supérieur et destiné à son commettant. On a essayé de justifier ce procédé. Le commissionnaire pourra user du système des doubles factures disent les défenseurs de cette opération, car s'il obtient des réductions de prix, c'est grâce à son habileté. Un autre commissionnaire ne pourrait peut être aboutir à sa place au même résultat; s'il obtient des conditions plus favorables, des remises ou des escomptes, c'est grâce à sa situation sur le

marché, à ses relations avec les commerçants, au crédit qu'il a, et aux achats par grandes masses qu'il peut faire. Il est naturel que le bénéfice de toutes ces circonstances, qui lui sont personnelles, revienne à lui seul. Le commettant n'aura pas à se plaindre, car il a exécuté l'opération au prix convenu et aucun autre commissionnaire n'aurait pu le faire à de meilleures conditions. Ce système nous paraît absolument faux, et n'a d'ailleurs réuni que très peu de défenseurs. Le commissionnaire, répondons-nous, ne peut facturer à son commettant au-dessus du prix. En effet, il n'a pas acheté pour revendre au commettant ; il n'est pas vendeur, il est commissionnaire. C'est un intermédiaire qui a acheté directement pour le commettant. Par conséquent le prix une fois fixé entre l'intermédiaire et le tiers est dès ce moment acquis au commettant, et il ne saurait varier sous aucun prétexte. A quoi servirait d'ailleurs le droit de commission, si le commissionnaire pouvait en plus réaliser sur la vente ou l'achat des marchandises tous les bénéfices qu'il lui plairait de faire ? On allègue que s'il réalise des bénéfices, c'est grâce à sa situation, à son crédit, à ses relations d'affaires qui lui assurent la prééminence sur tous les autres commissionnaires. Mais cette objection vient à l'appui de notre système, car c'est précisément à raison des avantages particuliers qu'il peut obtenir que le commettant l'a choisi ; il lui a donné

un droit de commission d'autant plus élevé qu'il est plus capable. Enfin les rapports du mandant et du mandataire doivent être régis par les principes de la bonne foi la plus complète. Or comment admettre que le commissionnaire aura agi de bonne foi lorsqu'il aura facturé les marchandises à son commettant à un prix surfait ? On doit par conséquent décider qu'en aucun cas le commissionnaire ne pourra user des doubles factures.

L'infraction à une règle aussi fondamentale est une source de désordre. « On s'habitue à croire qu'un commettant est toujours assez bien servi pourvu qu'il soit adroitement trompé ; il n'a nul droit à des profits qu'il n'avait pas prévus. Des abus aussi criants sont contraires à la justice et à l'équité et doivent être sévèrement proscrits ». C'est l'opinion de Delamare et Le Poitvin (*Contrat de commission* T. II n° 459) et celle de Troplong qui s'étonne qu'on puisse présenter un usage de ce genre comme une pratique commerciale usuelle et autorisée par la coutume. Trop fréquemment cette règle de la prohibition des doubles factures est violée en fait. Mais fût-il Du croire, le commissionnaire acheteur ne doit jamais être considéré comme un acheteur qui revend à son commettant et peut ainsi réaliser un bénéfice sur la revente.

« Il doit faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration (art. 1993 C. civ). Il

y est tenu quand même sa propre situation lui aura valu des conditions plus avantageuses que celles auxquelles il avait reçu ordre de traiter. Son bénéfice est dans la commission et non dans un écart entre les cours de deux marchés. » (Thaller. *Droit commercial* n° 934).

La jurisprudence d'accord avec la doctrine n'a pas varié depuis le commencement du siècle. Un arrêt de la cour de Lyon frappe de réprobation une semblable fraude en disant que les tribunaux ne doivent pas tolérer de pareils abus. (Lyon 23 avril 1831. D. 1839-2-69).

Si le commissionnaire n'a le droit de retenir aucun bénéfice sur l'opération qui lui est confiée, il est cependant certain que rien n'empêcherait de lui permettre, par une convention formelle, de retenir une portion du bénéfice résultant de l'affaire, ou bien de garder pour lui, en cas d'achat, la différence entre le prix réel d'achat et le prix fixé par le commettant. Mais il faut que cette stipulation soit expresse, car elle ne découle pas de la nature de la commission qui veut au contraire que le commissionnaire rapporte au commettant tous les bénéfices qu'il a réalisés sur la marchandise. Cette obligation pour le mandataire de tenir compte au mandant de tout ce qu'il reçoit est consacrée par les lois étrangères.

Le code allemand déclare que le commissionnaire

qui fait une opération à des conditions plus avantageuses que celles fixées par le commettant doit en faire profiter seulement ce dernier. Il en est ainsi en particulier quand le prix de la vente faite par le commissionnaire dépasse le plus bas prix fixé par le commettant. Ce principe déjà posé par l'art. 372 de l'ancien code a été adopté dans le nouveau. (§ 387).

La même disposition est contenue dans le code hongrois qui réserve au commettant l'avantage résultant de l'opération conclue dans des conditions plus avantageuses que celles qu'il a imposées. (Art. 378).

Même règle dans le code suisse des obligations, qui fait bénéficier le commettant de la différence lorsque le commissionnaire a acheté à plus bas prix ou vendu plus cher que ne portaient les ordres du commettant (art. 436).

La loi anglaise s'inspire des mêmes idées et la jurisprudence de ce pays a consacré la même règle. Nous citerons notamment un arrêt de la chancellerie de Lancastre qui a jugé que le commissionnaire ne devait pas se faire payer plus que sa commission, et a prohibé par conséquent la surélévation qu'il ferait subir au prix de facture et l'escompte qui lui serait accordé sur ses achats. En conséquence, ajoute-t-il, les sommes ainsi perçues au mépris du droit du commettant doivent être restituées à ce dernier. (Arrêt du 28 juillet 1885 rapporté dans le *Droit* n° du 2 mai 1886).

Le code chilien déclare que si le commissionnaire vend à des prix supérieurs à ceux qui sont indiqués dans les instructions, il devra payer lesdits prix à son commettant, à moins qu'en vertu d'une convention spéciale la vente n'ait été faite à profit commun.

Nous avons dit plus haut que la loi française exige de tout commerçant qu'il tienne des livres à l'appui de ses opérations ; mais que décider lorsque le commissionnaire n'est point commerçant ? Il est certain, et la loi pouvait le sous entendre, qu'il doit avoir aussi des livres permettant de vérifier ses opérations. La loi ne l'a pas dit expressément, car, l'ayant chargé de rendre compte, elle entendait l'obliger à apporter dans ses affaires l'ordre nécessaire pour une bonne reddition de comptes, ce qui ne peut être exact sans livres bien tenus.

Les lois étrangères ont trouvé utile d'édicter pour les commissionnaires des dispositions spéciales à propos de la tenue des livres. Le code roumain lui ordonne de tenir séparées entre elles et même séparées de ses affaires personnelles les affaires de ses différents commettants et de consacrer dans ses livres un compte spécial à chaque opération. Si le commissionnaire a contre la même personne des créances provenant de différentes opérations faites pour le compte de ses commettants ou provenant d'une opération exécutée pour son compte personnel

et pour le compte d'un tiers, il est obligé de demander à ce débiteur un écrit séparé pour chaque affaire et, en cas de paiement, d'indiquer dans ses livres les personnes pour lesquelles le paiement a été fait. A défaut de pareilles indications le paiement sera partagé au marc le franc entre toutes ses créances. (Art. 407).

Le code italien a imposé aussi au commissionnaire la même obligation. (Art. 382).

Le code portugais, dans son art. 175, déclare que les commissionnaires ne peuvent avoir des marchandises d'une même espèce, appartenant à différents propriétaires, sous une même marque, sans les distinguer par une contre marque qui désigne la propriété respective de chacun.

CHAPITRE IV.

DES OBLIGATIONS SPÉCIALES AU COMMISSIONNAIRE

DUCROIRE

Nous avons ainsi terminé l'étude que nous nous étions imposée dans la première partie de notre sujet : à savoir les obligations du commissionnaire envers le commettant. Il nous reste à examiner, avant de traiter des obligations du commettant envers le commissionnaire, une espèce particulière de commission dont nous avons à peine parlé jusqu'ici : la commission Ducroire.

Qu'est-ce que la commission Ducroire ? quels sont son origine, sa nature, sa raison d'être, ses effets, les espèces auxquelles elle s'applique, voilà autant de questions que nous essaierons de résoudre dans ce chapitre.

Nous diviserons notre étude en trois paragraphes

§ I. — *Historique et utilité de la convention Ducroire.*

§ II. — *Effets de cette convention et situation juridique du commissionnaire Ducroire.*

§ III. — *Nature juridique de cette convention.*

§ IV. — *Droit comparé.*

§ I

Utilité de la convention Ducreire et historique de cette convention

Le commissionnaire, avons-nous dit, est, en règle générale exempt de toute responsabilité, lorsqu'il prouve, en cas de perte ou de détérioration des marchandises, que ces faits ne peuvent lui être imputés, mais ont eu pour cause le cas fortuit ou la force majeure. Le commettant ne peut pas s'en prendre toujours au commissionnaire de l'inexécution du contrat, par exemple, dans le cas où le tiers acheteur est insolvable et dans le cas où le tiers vendeur ne livre pas les marchandises.

Il faut remarquer en passant que le commissionnaire serait cependant responsable de l'insolvabilité s'il avait vendu à un homme dont les affaires seraient en mauvais état, ou acheté des marchandises d'un commerçant peu recommandable. La jurisprudence a décidé que le commissionnaire n'est responsable de l'insolvabilité du tiers acheteur que quand il y a eu de sa part une négligence coupable consistant à vendre à un homme dont les affaires étaient en mauvais état.

Mais il se peut qu'il n'y ait rien à reprocher au

mandataire, et que le commettant soit cependant exposé à perdre. Il cherchera à se garantir contre les risques occasionnés par le cas fortuit, par la force majeure, en un mot contre l'inexécution du contrat de quelques causes qu'elle provienne. Le besoin d'une convention de garantie dut pour cette raison se faire sentir de bonne heure.

C'est en Italie, où se trouvaient les grands centres commerciaux du moyen-âge, Florence, Venise, etc... que cette convention prit naissance sous le nom de contrat « *del credere* », expression traduite mot à mot dans notre code par les mots : « convention de Ducroire ».

Par la convention de Ducroire le commettant met sa confiance dans le commissionnaire. Il ne s'enquête pas du résultat de l'opération par rapport au tiers, car il a son mandataire pour garant du paiement et de la bonne réussite de l'affaire. Le commissionnaire promet, en effet, au commettant, sa garantie personnelle pour l'exécution de tous les engagements obtenus par son entremise.

C'est une convention, dit M. Thaller, par laquelle le commissionnaire se porte garant envers le commettant du paiement du prix par l'acheteur, avec la promesse de le lui remettre à tout événement, même à défaut de pouvoir le recouvrer contre l'acquéreur qui le doit. (*Tr. de droit commercial* n° 937).

Ce contrat a un grand intérêt. Le législateur n'en a réglé ni la forme ni les effets, et l'a laissé tel que l'usage l'a fait. Pratiqué journellement, praticable dans presque toutes les espèces du contrat de commission, il est aussi utile au commerce terrestre qu'au commerce maritime. Nous allons donc examiner très soigneusement cette convention du *del credere* ou convention de Ducroire.

Les jurisconsultes italiens attribuaient son origine au droit romain.

Le digeste permettait de stipuler qu'une personne tiendrait compte à la partie avec laquelle elle traitait de ce qui ne lui serait pas payé par un débiteur de celle-ci, soit que ce dernier ne payât qu'une partie de sa dette, soit qu'il ne payât rien, car c'était une règle que : « *Minus solutum intelligetur etiam si nihil esset solutum.* » Il est bon d'ajouter que le garant ne s'obligeait que sous la condition : « *Si debitum a Titio servari non poterit.* » Le fidejusseur ou la caution se trouvera en présence de trois situations. Il aura à payer tout, ou bien une fraction, ou bien rien. Mais une seule chose est certaine, c'est que l'insolvabilité du débiteur principal ne mettra pas le créancier en perte, car le fidejusseur s'engage à l'indemniser ; de là l'expression romaine : *fidejussor indemnitis*.

Il existe cependant une différence entre le fidejusseur romain et le commissionnaire ducroire. En

effet, Paul enseignait que le fidejusseur était obligé sous la condition qu'il fût impossible au créancier de se faire payer sur les biens du débiteur principal. Le ducroire, au contraire, peut être poursuivi et actionné en paiement par le commettant, sans que ce dernier ait d'abord actionné le tiers en paiement de sa dette. Le commettant agira contre le commissionnaire ducroire sans avoir cherché à obtenir l'exécution des obligations du débiteur, en s'adressant à celui-ci personnellement. Il est vrai que sur le point de savoir si le créancier devait d'abord s'adresser au débiteur principal, les jurisconsultes romains étaient très divisés, mais la doctrine de Paul était la plus généralement reçue. Cependant, d'après Celse, le *fidejussor indemnitis* pouvait être poursuivi le premier. On évaluait au moment de la liaison de l'instance ce que le débiteur aurait été hors d'état de payer à raison de son insolvabilité, et on actionnait le *fidejussor* seulement pour cette somme, mais on l'actionnait le premier. Il est évident qu'ici le commettant a le droit d'actionner son ducroire pour le tout, sans que celui-ci puisse lui opposer aucune exception. Néanmoins on peut dire que le *fidejussor indemnitis* a été le point de départ de notre convention. L'opération a subi des modifications qui l'ont adoptée aux besoins du commerce et en ont fait la convention *del credere*.

Delamare et Le Poitvin nous montrent très bien

l'évolution de cette convention : « En Italie, disent-ils, où les traditions du droit romain paraissent ne s'être jamais entièrement effacées, le commerce renaissant saisit avec ardeur cette idée féconde, et l'adaptant à ses besoins il en forma la convention *del credere*, expression qui, naturalisée dans la langue de toutes les nations commerçantes, témoigne énergiquement du pays originaire de cette invention ingénieuse. » (*Traité du contrat de commission* T. II n° 299).

Le *del credere* fut d'abord appliqué aux opérations d'argent, aux opérations de banque. Il était employé pour le recouvrement des sommes payables en foire et pour la remise de ces sommes. On s'en servait aussi pour tourner la loi canonique, qui prohibait l'usure et l'intérêt d'un prêt d'argent. En effet, le prêteur risquant de perdre par l'effet d'un cas fortuit ou l'insolvabilité de l'emprunteur, se chargeait de ce risque et recevait pour cela une indemnité rémunératoire. Peu à peu, le domaine de cette convention s'étendit. Elle put intervenir et intervint efficacement dans toutes les opérations commerciales.

En résumé, au moyen de cette clause d'assurance, le commissionnaire répond non seulement de la solvabilité du débiteur, mais encore de l'acquittement de la dette au terme convenu, c'est-à-dire de toutes les incertitudes du recouvrement. Non seule-

ment la commission Ducroire est très utile quant aux conséquences des actes passés, puisqu'elle garantit le commettant contre tout risque, mais elle est aussi très avantageuse à un autre point de vue, car elle force le commissionnaire à traiter ses affaires avec plus de soin. Par exemple, en cas de vente, le commissionnaire garant de la solvabilité de l'acheteur ne se laissera pas facilement entraîner à vendre lorsqu'il aura des doutes sur la solvabilité de la personne avec laquelle il contractera. Un commissionnaire non ducroire vendra pour un prix très élevé à une personne insolvable, afin de toucher un droit de commission peut-être proportionnel au prix de vente. Mais s'il est ducroire, il n'agira pas ainsi, car il sait que, si son client est insolvable, c'est lui qui en fin de compte indemniserait le commettant.

Nous sommes ainsi arrivés à nous demander quels sont les effets de la commission Ducroire et la situation juridique du commissionnaire de ce nom.

§ II

Des effets de la commission Ducroire et de la situation juridique du commissionnaire de ce nom

Le commissionnaire ducroire est, avons-nous vu, garant de l'exécution de l'opération faite par lui. Si

le tiers n'exécute pas son obligation à l'époque fixée, le commissionnaire Ducroire peut être actionné par le commettant, car il est garant du tiers. Il ne pourra recourir au bénéfice de discussion comme nous le verrons plus loin. Il n'est donc pas nécessaire que l'insolvabilité du tiers soit prouvée, pour justifier le recours du commettant ; le seul fait de l'arrivée du terme peut donner ouverture à réclamation de sa part. On comprendra que le législateur se soit montrée aussi sévère pour le commissionnaire, si l'on pense quel grand préjudice le retard apporté à l'exécution d'une obligation peut causer en matière commerciale. C'est pour cela que l'insolvabilité de l'acheteur, alors même quelle serait survenue dans l'intervalle compris entre la vente et l'époque fixée pour la livraison, est mise à la charge du commissionnaire. Il a été jugé que lorsqu'il y a convention de Ducroire entre le commissionnaire et son commettant, le premier est responsable envers le second de toutes les éventualités provenant d'un cas de force majeure ou d'une cause toute exceptionnelle. La stipulation de Ducroire embrasse, d'après les usages commerciaux, tous les risques de l'opération, et rend le commissionnaire garant du défaut de paiement sans qu'il y ait à distinguer entre le non paiement provenant de l'insolvabilité de l'acquéreur et celui résultant du refus de prendre livraison. (Appel Toulouse 27 nov. 1869 ; D. 1870-2-118 ; S. 1870-2-

237; Paris 10 décembre 1854; D. P. 1858-2-92).

La condition de Ducroire impose au commissionnaire vis-à-vis du commettant la garantie des faits et de la solvabilité des tiers. On ne saurait cependant, à moins de convention contraire, rendre le commissionnaire vendeur responsable de l'inexécution fondée sur la mauvaise qualité des marchandises. « Il va de soi disent MM. Lyon-Caen et Renault que le commissionnaire ducroire n'est pas garant de l'inexécution fondée sur une cause légitime, spécialement sur le vice caché de la marchandise vendue à raison duquel l'acheteur ne paie pas le prix. » (*Traité de droit commercial* T. III n° 455.)

Le commissionnaire ducroire a plus de responsabilité que le commissionnaire simple. Il doit, par conséquent, s'il encourt plus de risques, recevoir aussi un prix plus élevé. On convient généralement de doubler le droit de commission ordinaire, et c'est justice, car le droit de commission simple représente la rémunération des services du commissionnaire, et le même droit doublé représente, en plus du prix donné pour l'opération, une prime due par le commettant au commissionnaire assureur qui le garantit contre les pertes possibles. Néanmoins, ici comme pour la commission ordinaire, la volonté des parties est souveraine. Elles peuvent fixer le salaire comme elles l'entendent.

Certains auteurs ont soutenu que la convention

de Ducroire supposait un risque. Pas de risque, pas de double droit et par suite, pas de convention de Ducroire.

D'après MM. Lyon-Caen et Renault la commission double ne serait pas due si le commissionnaire ne courait pas de risques, par exemple, si le prix était payé immédiatement par l'acheteur.

Mais on peut, suivant les usages du commerce et des villes où l'on traite, payer au comptant sans pour cela payer immédiatement, car les ventes faites même au comptant impliquent souvent un délai de paiement de quelques jours. La commission de Ducroire sera due pour ces ventes. C'est probablement ce qu'avait entendu Savary lorsqu'il avait dit : « Quand le commissionnaire demeure Ducroire une plus grande commission lui est due, que la marchandise se vende au comptant ou a terme ». (*Le Parfait négociant* 2^e partie, l. III, chap. III). Dans ce cas, le commissionnaire court un risque, car entre le jour de la vente et le jour du paiement la situation du tiers peut changer, et il n'est pas sûr d'être remboursé du prix payé par lui au commettant. Il peut arriver qu'un débiteur à terme fixe veuille anticiper son paiement pour profiter de l'escompte que lui fera le commissionnaire ducroire conformément aux usages. On peut se demander alors si l'escompte restera à la charge du commissionnaire, ou s'il pourra le retenir à son commettant.

On a soutenu que l'escompte ferait double emploi avec la prime qu'il a reçue en vertu de la convention de Ducroire. Celle-ci, plus élevée que la prime ordinaire est précisément destinée à couvrir le commissionnaire des risques qu'il a assurés. On répond à cette objection qu'il n'y a pas double emploi, car en payant la double prime, le commettant n'a pas eu d'autre but que de se soustraire aux risques de l'insolvabilité du débiteur. Ce paiement a recouvrer devient l'affaire du commissionnaire et ne regarde en rien le commettant. Si le premier parvient à le réaliser dans des conditions avantageuses, il n'en doit pas compte au second. Il a couru le risque, si par son habileté il a réussi à l'amoinrir il en profitera. Sans doute le paiement qui va être fait au commettant n'est pas entier puisqu'il est diminué de l'escompte ; mais le commettant peut prendre deux partis : ou bien il acceptera le paiement anticipé, déduction faite de l'escompte, ou il le refusera. S'il l'accepte il n'y a pas de difficulté ; d'ailleurs la perte de l'escompte qu'il supporte est compensée par la jouissance anticipée de la somme qu'il ne devait toucher que plus tard. S'il ne l'accepte pas, l'escompte restera forcément à la charge du commissionnaire, mais celui-ci gardera la somme et en profitera jusqu'à l'échéance, ce qui compensera l'escompte. Tel est l'avis de Pardessus et de Delamare et Le Poitvin. Après eux MM. Lyon-Caen et

Renault ont pensé qu'à moins que le commettant n'ait interdit la faculté d'escompter il ne semble pas juste qu'il ait l'option de recevoir comptant le produit de l'opération, escompte déduit, ou d'attendre le terme en laissant l'escompte à la charge du commissionnaire ; qu'il doit accepter l'affaire telle qu'elle a été faite sans grever la commission d'un escompte qui pourrait l'absorber. (V. Lyon-Caen et Renault. *Précis de droit commercial* T. III, n° 454). Selon ces auteurs, lorsque le commissionnaire laisse le tiers acheteur user de la faculté d'escompte, le commettant ne peut exiger la somme entière lors de l'échéance du terme.

Il est évident que, si le commettant avait défendu à son commissionnaire de recevoir un paiement par anticipation, ce dernier ne serait pas fondé à réclamer l'indemnité. Il en serait de même s'il avait commis quelques fautes dans sa gestion.

Les règles qui régissent le paiement avec faculté d'escompte s'appliquent aussi au cas où le tiers acheteur aurait donné un gage. Le commissionnaire aurait encore un risque à courir, car il pourrait craindre la diminution de la valeur du gage.

Tels sont les effets de la convention Ducroire. Quels sont les faits qui donnent naissance à la commission de Ducroire ? Pour que cette convention existe il faut une convention formelle, ou que cela soit conforme aux usages locaux, ou enfin que cela résulte de toute autre circonstance, notamment du

montant du droit de commission. Le Ducroire peut résulter *ipso jure* des usages locaux ; dans une ville, les commissionnaires qui vendent une certaine espèce de marchandises peuvent être considérés comme tels, sans qu'il y ait besoin de convention. Ainsi, selon les usages de Marseille, le commissionnaire est Ducroire dans les ventes de sucre. Nous avons dit que la convention de Ducroire peut résulter aussi du montant du droit de commission. Il a été décidé que la stipulation de garantie ou Ducroire pouvait s'induire contre un commissionnaire de l'élévation au double du taux de la commission et de la dissimulation par lui faite du nom du commerçant à qui il a vendu les marchandises. (Rouen 27 nov. 1869 D. 1870-2-118.) Dans ce cas, la convention est tacite et la preuve par témoins ou par présomptions peut être admise. La stipulation tacite de garantie a été reconnue aussi en Belgique où le commissionnaire salarié est rendu responsable du prix que les acheteurs n'ont pas acquitté, si, de sa correspondance et surtout du taux élevé de la commission qui lui est donnée, il résulte qu'il a dû prendre sur lui cette responsabilité. Mais en général la stipulation de Ducroire résulte d'une convention, et ce n'est qu'à défaut de stipulation expresse que la qualité de commissionnaire Ducroire peut être établie par des présomptions résultant des circonstances dans lesquelles l'ordre de vente a été exécuté.

Néanmoins tous les auteurs admettent que la convention peut être tacite. Sans doute elle ne peut se former que par la volonté expresse des contractants, mais pas plus que le contrat de commission, et à la différence du contrat d'assurance, elle n'a besoin d'être rédigée par écrit. Un usage assez constant pour engager les deux parties peut même lui donner naissance. On pourrait trouver la preuve du *Ducroire* dans la nature de l'ordre, dans le taux du droit de commission, et même dans l'habitude qu'auraient les parties de traiter entre elles les affaires avec cette condition. (V. en ce sens Alauzet. *Traité de droit commercial* L. II n° 836; Bédarride. *Traité des commissionnaires* p. 195). Telle est aussi l'opinion de Bravard-Veyrières et Démangeat.

Cependant il ne faut pas croire que tous les auteurs ont admis cette théorie. D'autre part, l'importance du droit de commission n'a pas toujours été reconnue suffisante pour que le commissionnaire put être *ducroire*. Aussi pour éviter tout ennui ou complication ultérieure, le commettant et le commissionnaire feront-ils bien de s'engager par une stipulation expresse.

Il n'y a pas de formule sacramentelle pour la conclusion de cette convention. Le signe *D^{re}* apposé sur un compte de vente par le commissionnaire prouve suffisamment qu'il s'est porté garant de la solvabilité de l'acheteur. (V. Bordeaux 28 novem-

bre 1853. V. *Pandectes françaises commissionnaires* n° 525).

La loi elle-même sous-entend la convention de Ducroire dans la commission de transport de marchandises. Ce genre de convention a donc une très grande utilité ; il est beaucoup usité à cause des grands avantages qu'il présente. La commission Ducroire peut s'appliquer à toutes les opérations. On la rencontre presque toujours en matière de vente, où elle garantit le commettant contre l'insolvabilité du tiers acheteur. Elle s'emploie aussi en matière d'achat où le commissionnaire qui achète des marchandises pour le compte de son commettant le garantit contre le défaut de livraison, les retards, la mauvaise qualité ou l'élévation du prix primitivement fixé.

Nous venons d'examiner quels faits donnent naissance à la commission ducroire. Nous allons étudier maintenant la nature de cette convention et rechercher

1° Quels sont les caractères qui la distinguent de l'assurance et du cautionnement

2° Quelles sont les différences entre la commission Ducroire et la commission ordinaire.

§ III

Nature juridique de la convention Ducroire

1°

*La commission Ducroire comparée à l'assurance et
au cautionnement*

Tout le monde s'accorde à dire que le Ducroire ressemble à l'assurance et au cautionnement. Tous les éléments de l'assurance s'y trouvent réunis. Il y a un risque, ce qui est l'élément caractéristique de l'assurance. Il y a une chose assurée, c'est la créance du commettant. Il y a aussi une prime qui consiste dans le double droit de commission. Enfin le commissionnaire remplace ici l'assureur et le commettant l'assuré. Or pour sa perfection, le contrat d'assurance n'exige rien de plus.

« Ainsi, disent Delamare et Le Poitvin, au cautionnement du droit civil, contrat unilatéral, contrat de bienfaisance, contrat accessoire à une obligation qui existe entre le créancier et le débiteur et est subordonnée à celle-ci dans sa cause, dans son existence, dans sa validité, le commerce a substitué un contrat bilatéral, à titre onéreux, non accessoire, ayant une autre cause que l'obligation qui lie le créancier et le débiteur, produisant un effet direct

entre les contractants, mais subordonnés à la réalisation d'un élément prévu mais incertain. » (*Traité du contrat de commission* T. II n° 302).

Bédarride dit de même : Le ducroire n'est pas même de l'essence de la commission, il constitue en réalité un contrat d'assurance à prime parfaitement distinct de celle-ci. Il est pour le commerce ordinaire ce que l'assurance maritime est pour le commerce naval. « La sécurité qu'il introduit dans les transactions devait lui attirer la même faveur qu'à celles-ci et faire accueillir avec empressement tout ce qui pouvait en favoriser le développement et l'essor. » (*Comm. du code de commerce — Des Commissionnaires* n° 137).

Mais tous les auteurs ne sont pas de cet avis. Certains ont soutenu que le contrat de Ducroire n'est pas une assurance parfaite, ni un cautionnement parfait. C'est plutôt une convention par laquelle le commissionnaire se substitue dans toutes les obligations du tiers avec qui il a traité au nom de son commettant. Le commettant, à la différence de l'assuré, n'est tenu à aucune justification ; à l'échéance convenue il réclame directement du commissionnaire le prix de vente de ses marchandises et celui-ci ne peut opposer aucune exception. (V. *Commentaire sur le code de commerce* L. II n° 896).

« Le Ducroire diffère à la fois du cautionnement et de l'assurance en ce que le commissionnaire doit

payer au commettant sans même que celui-ci se soit adressé au tiers, tandis qu'ordinairement l'assureur ne paie que si l'assuré prouve qu'il a subi une perte ». (Boistel, *Traité du droit commercial* n° 529).

Bravard-Veyrières admet aussi l'affinité du ducroire avec le cautionnement et le contrat d'assurance sans toutefois les confondre.

La convention *del credere* en effet peut être prouvée par tous les moyens, ainsi par la preuve testimoniale, tandis que le contrat d'assurance doit être rédigé par écrit.

Nous admettons aussi que la convention de Ducroire ressemble à l'assurance. Elle n'a certainement pas une analogie parfaite avec ce contrat, mais elle a avec lui beaucoup de points de ressemblance, et les différences qui les séparent sont très superficielles, tenant à la preuve et non à la nature du contrat.

MM. Lyon-Caen et Renault ont fort bien dégagé la nature de cette convention. « On a dit que la convention de Ducroire diffère de l'assurance sous deux rapports. L'assureur ne paie qu'en cas de perte, le commissionnaire ducroire peut-être poursuivi dès que le terme est arrivé, si le tiers débiteur ne paie pas. Puis l'assurance se prouve par écrit tandis que la convention de ducroire peut-être prouvée par tous les moyens en vertu de l'article 199 du *Code de commerce*. Or la première de ces différences

existe en principe, mais elle n'a rien d'essentiel; un assureur pourrait garantir le paiement d'une dette à l'échéance de telle sorte que l'assuré aurait le droit de l'actionner par cela seul que la dette échue ne serait pas acquittée, sans que l'insolvabilité du débiteur fut établie. Quant à la seconde différence signalée, elle concerne la preuve, non la nature du contrat, elle n'existe que lorsque l'on considère l'assurance maritime; aucune disposition légale n'exige spécialement un écrit pour les assurances terrestres ». (*Traité de droit commercial* T. III n° 452).

La convention de Ducroire ressemble aussi au cautionnement mais ne se confond pas avec lui. Comme la caution, le Ducroire est garant de la dette, mais il est responsable en tous cas de l'insolvabilité du tiers débiteur, tandis que la caution peut opposer les exceptions du chef du tiers si ces exceptions sont valables. Peu importe d'ailleurs les causes de l'insolvabilité du débiteur, il en répond dans tous les cas prévus et imprévus ou même de force majeure. (Paris 12 mars 1878 *Jour. trib. com.* 1878 p. 197; Trib. com. Seine 15 février 1894 V. *Gazette du Palais* 1894-1-384; Appel Lyon 10 juin 1893 *Gazette du Palais* 1893-2-25).

Lorsqu'un commissionnaire se porte ducroire dans une opération commerciale, il devient comme la caution, débiteur solidaire avec ce tiers. (Appel Paris 1^{er} mai 1896 V. *Le Droit* du 8 octobre 1896).

Enfin il ne peut invoquer le bénéfice de discussion car lorsque l'échéance est arrivée le créancier peut s'adresser personnellement au commissionnaire. Cette opinion est universellement admise et enseignée. Mais la convention faisant la loi souveraine des parties, le commissionnaire, privé en principe du bénéfice de discussion, pourra exceptionnellement jouir de cette faveur, s'il en est ainsi décidé par la convention passée entre lui et le commettant.

Il se pourrait très bien qu'une convention spéciale vint modifier les rapports existants entre le commettant et le commissionnaire et accordât à ce dernier un droit auquel il ne peut prétendre en principe.

Une autre différence entre la caution et le commissionnaire Du croire c'est que ce dernier n'est pas subrogé à l'encontre du tiers. Il n'a pas de recours contre lui pour tout ce qu'il a dû payer au commettant; il a seulement l'exercice de son action de vendeur ou d'acheteur.

Enfin nous devons ajouter que lorsque le commissionnaire contracte en son nom il est seul obligé envers le commettant qui n'a pas d'action directe contre le tiers débiteur. On ne saurait donc parler ici d'un débiteur principal et d'une caution.

Quoiqu'il en soit la commission Du croire, sans être absolument semblable à l'assurance et au cautionnement, a cependant beaucoup de rapports avec ces deux contrats.

La commission Ducroire et la commission ordinaire

Nous nous demanderons maintenant quel élément nouveau cette convention de Ducroire vient apporter à la commission simple.

On est généralement d'accord pour reconnaître que ce contrat n'est qu'une convention accessoire qui s'ajoute à la commission sans la faire disparaître. Elle ne fait que s'y juxtaposer et en modifier seulement les règles. Le Ducroire ne change en rien le caractère du mandat du commissionné ; seulement cette convention lui impose vis-à-vis des vendeurs la garantie des faits et de la solvabilité des acheteurs, et en même temps elle lui crée un droit à une prime plus forte que la remise ordinaire en matière de commission. (Nancy 10 décembre 1854 D. 1858-2-92).

Une doctrine spéciale a cependant été soutenue par Locré dans son *Esprit du code de commerce*. (T. 1 art. 91 n° 4) : « Si l'on exigeait, dit-il, que je l'expliquasse d'après les principes du droit, je dirais qu'il y a ici une première vente conditionnelle du commettant au commissionnaire dont la condition s'accomplit au moment où le commissionnaire vend à un tiers. En effet, la convention que le commis-

sionnaire vendra pour son propre compte suppose que la chose sera sa propriété au moment où il vendra, et celle qu'il en devra le prix au commettant suppose de même qu'à ce moment il en deviendra l'acheteur. Ainsi le commissionnaire est acheteur conditionnel pour le moment où il vendra. »

Cette manière de voir un peu subtile n'a pas été admise. Elle a d'ailleurs été réfutée depuis longtemps par Delamare et Le Poitvin. « Le ducroire ne dénature pas le contrat de commission, disent-ils, comme paraît le penser Locré, et ne transforme pas le commissionnaire en acheteur personnel ; il ne fait qu'ajouter au mandat dont ce commissionnaire est investi un contrat d'assurance qui le rend garant des engagements de l'acheteur sans le rendre acheteur lui-même. La réunion de ces deux contrats n'a rien en soi qui répugne à la raison ou aux principes du droit, et on peut parfaitement l'admettre sans recourir à l'hypothèse d'une troisième convention qui n'est entrée dans la pensée d'aucun des contractants. » (*Traité du contrat de commission* T. II n° 306).

La doctrine de Locré, si elle était suivie, renverserait les principes admis sur la commission et entraînerait de graves conséquences. Le commissionnaire et le commettant seraient dans la situation d'un acheteur et de son vendeur. Le premier n'aurait plus droit au privilège que lui accorde l'article 95

du code de commerce, et le second bénéficierait du privilège du vendeur. Enfin, en cas de faillite du commissionnaire, le commettant ne pourrait pas agir directement contre le tiers acheteur, mais devrait se présenter comme créancier dans la faillite du commissionnaire. La doctrine de Locré est de plus, contraire à l'intention des parties, qui, par la convention de Ducroire, ont entendu modifier le contrat de commission et non le remplacer par un autre. La stipulation de Ducroire ne change donc pas la qualité du commissionnaire chargé d'acheter et ne le constitue pas vis-à-vis du commettant vendeur de marchandises.

IV

Droit comparé

La plupart des codes étrangers mentionnent la convention de Ducroire. Le code de commerce allemand rend le commissionnaire responsable du paiement ou en général de l'exécution des autres obligations du tiers avec qui il a contracté, s'il a accepté cette responsabilité, ou si elle est conforme à l'usage commercial du lieu de son domicile. Le commissionnaire qui est garant du tiers avec lequel il a contracté, est directement et personnellement tenu envers le commettant de l'exécution à l'époque de

l'échéance, en temps que cette exécution peut être légitimement réclamée. Le commissionnaire qui est garant de celui avec lequel il a contracté a droit pour cette garantie à un salaire *del credere* (Art. 370 de l'ancien code reproduit par le § 394 du code de 1897). La commission de Ducroire se rencontre surtout en Allemagne dans la commission pour vendre, puisque le code nous dit : « le commissionnaire répond du paiement... » La loi allemande admet aussi comme chez nous que le commissionnaire ne répond pas de l'inexécution des obligations du tiers fondée sur des motifs légitimes (par exemple le vice de la marchandise vendue). Enfin à propos du salaire *del credere* accordé au commissionnaire garant, le projet prussien du premier code disposait que la commissionnaire vendeur n'avait pas droit à ce salaire supplémentaire lorsque la vente se faisait au comptant. Cette proposition fut repoussée dans la première délibération du code allemand, sur l'observation que parfois, dans une vente au comptant, le vendeur court des risques.

Même disposition dans le code hongrois. (art. 276).

Selon le code italien le commissionnaire n'est pas responsable de l'accomplissement des engagements pris par les personnes avec lesquelles il a contracté, s'il n'y a pas convention ou usage contraire. Le commissionnaire qui a accepté une responsabilité de cette nature est personnellement obligé vis-à-vis

du commettant de l'accomplissement des obligations résultant du contrat. En pareil cas, il a droit à la provision spéciale appelée *ducroire* qui se termine d'après les usages du lieu où la commission a été exécutée et selon le second par la convention ou par justice. (Art. 301).

D'après le code portugais (art. 267) le commissionnaire *ducroire* demeure personnellement tenu envers le commettant de l'exécution des obligations naissant du contrat et en ce sens le commissionnaire a droit de porter en compte, en sus de la rémunération ordinaire, un *ducroire* qui sera déterminé par la convention, et à défaut, par les usages de la place où la commission sera exécutée.

Le code suisse des obligations contient les mêmes dispositions que les précédents.

En Espagne, la convention de *ducroire* est admise, mais le code de commerce ne la mentionne pas expressément. Il n'en parle qu'indirectement (art. 872). Si le commissionnaire perçoit sur une vente en plus de la commission ordinaire une commission de *ducroire*, les risques du recouvrement seront à sa charge, et il sera obligé de payer au commettant le produit de la vente dans les délais convenus avec l'acheteur.

Enfin le *ducroire* est aussi usité en Angleterre et mentionné par les auteurs. (V. Smith. *A compendium of mercantile law* p. 115).

DEUXIÈME PARTIE

Des obligations du commettant envers le commissionnaire

La commission étant un contrat synallagmatique il est nécessaire qu'aux obligations du commissionnaire envers le commettant, correspondent des obligations du commettant envers le commissionnaire ; leur étude fera l'objet de notre deuxième partie. Ces obligations peuvent se ramener à trois principales. Le commettant doit :

1° Payer le droit de commission ;

2° Rembourser le commissionnaire de ses frais et avances ;

3° Le rendre indemne des charges qu'il a contractées dans les limites de ses pouvoirs et des pertes qu'il a éprouvées dans l'exécution de son mandat.

Nous passerons en revue ces trois obligations.

CHAPITRE PREMIER

DE L'OBLIGATION DE PAYER LE DROIT DE COMMISSION

La première charge qui s'impose au commettant, celle qui dérive le plus naturellement du contrat, c'est l'obligation de payer le droit de commission. L'article 1799 du code civil la lui impose. « Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat et lui payer ses salaires lorsqu'il en a été promis. »

Nous examinerons successivement :

- 1° Quand le droit de commission est-il dû ?
- 2° Le taux et le mode de fixation de ce droit.
- 3° A quelle époque il est dû et quelles causes peuvent en modifier la fixation.

§ I

Quand un droit de commission est-il dû ?

Dès que l'affaire a été conclue par le commissionnaire et agréée par le commettant, celui-là a droit

au paiement de ses honoraires. Et ce droit, une fois acquis, ne peut être anéanti par l'inexécution du marché. Ainsi le liquidateur d'une société pour laquelle un commissionnaire a vendu des marchandises ne peut se refuser à payer la commission sous prétexte qu'un incendie a mis la société dans l'impossibilité de livrer la marchandise vendue. (Cassation 21 déc. 1892 D. P. 1893-1-118).

En matière de commission il n'y a pas besoin de promesse formelle de salaire, car la commission étant un acte absolument commercial, cette promesse est toujours présumée. Elle est sous-entendue non seulement entre deux commerçants mais entre personnes qui n'appartiennent pas au commerce, et dont l'une ferait pour l'autre une affaire commerciale, car elles se placent pour cette affaire sous l'empire des lois de commerce, et elles doivent en subir par conséquent les avantages et les rigueurs. L'industrie du commissionnaire est un véritable commerce, par conséquent le commettant qui l'emploie doit être considéré comme un commerçant. Il doit être rémunéré de son travail et des dépenses que lui occasionne son établissement. Cette rémunération sera le droit de commission. Le commissionnaire est salarié et ce salaire est légitime, car il est la récompense des soins et des peines qu'il assume dans l'intérêt d'autrui. Il trouve une autre justification dans la grande économie que le commission-

naire procure au commettant. En effet, sans cet intermédiaire, celui-ci serait obligé de faire lui-même l'opération, ce qui indépendamment de la perte de temps et des difficultés d'exécution lui occasionnera une plus grande dépense de travail et d'argent. L'obligation de payer le droit de commission dérive du contrat ; la commission est donc salariée de plein droit. Bravard justifie cette solution, contraire à celle que le code civil consacre pour le mandat, en disant que le commissionnaire rend au commettant un genre de services que ne rend pas le mandataire : « Le commissionnaire s'oblige personnellement, dit-il, tandis que le mandataire se borne à prêter son entremise, et ce que le rôle du commissionnaire a de plus onéreux pour lui que le rôle du mandataire appelait naturellement une compensation, une indemnité, en un mot un salaire. » (Bravard-Veyrières. *Droit commercial* T. II p. 250). La rémunération fait partie du contrat de commission, et, lors même que la convention est muette, les parties sont, d'après les usages, considérées comme ayant convenu que le mandataire recevrait l'indemnité que l'on a l'habitude de donner dans les lieux où il est et pour le genre d'opérations qu'il fait.

Si la commission est salariée, cela ne veut pas dire que le commerce soit étranger aux rapports de confiance et d'amitié qui se rencontrent dans le mandat gratuit. Mais il est naturel que le commet-

tant paie les services du commissionnaire ; ces services lui sont en effet d'une grande utilité et il y trouve un secours bienfaisant pour ses spéculations.

D'ailleurs une convention contraire pourrait certainement intervenir et décider que le commissionnaire ne serait pas payé de ses bons offices ; mais aucun acte de commerce n'étant présumé être un acte de bienfaisance, on peut dire que sans stipulation il n'y a pas de gratuité. Deux commerçants peuvent ainsi convenir de faire réciproquement et gratuitement les affaires l'un de l'autre. Mais cette gratuité est plus apparente que réelle ; la réciprocité des salaires auxquels ils ont droit opère compensation et les dispense de tout paiement. La jurisprudence a décidé que les opérations faites par un commerçant dans l'intérêt d'un autre ne sont jamais présumées gratuites et comportent au contraire une rémunération en faveur de celui qui s'est occupé des intérêts de l'autre. (Trib. com. Havre 15 janvier 1892 — *Pandectes françaises* V. *Commissionnaires* n° 449).

§ II

Taux et mode de fixation du droit de commission

En quoi consiste le droit de commission ? C'est la rémunération payée par le commettant, ancienne-

ment appelée provision. Plusieurs codes étrangers ont conserve cette appellation, notamment les codes allemand et italien.

L'importance du droit de commission est en général déterminée par la convention des parties. Lorsque le silence aura été gardé sur le taux du salaire, ce qui sera très rare, car les parties pensent naturellement à régler leurs droits respectifs, la commission sera déterminée d'après l'usage ou par le cours de la place. D'après les usages de la place de Bordeaux, le taux de la commission due à un commissionnaire vendeur est fixé à deux pour cent sur la valeur de l'affaire qu'il a gérée. (Trib. com. Bordeaux 29 septembre 1874 — *Pandectes françaises* V. *Commissionnaires* n° 437). Mais il peut se faire qu'il n'y ait pas d'usages reconnus sur la place. Comment fixer alors le droit de commission ? On a dit que le tribunal pouvait prendre pour règle, en cas de contestation, l'usage des lieux les plus voisins de celui où l'opération a été faite. Mais, et cette solution peut être préférable, les juges pourront aussi s'en rapporter à l'évaluation qui sera donnée par les négociants du lieu où la commission a été exécutée.

Le droit de commission peut être payé en nature, mais le plus souvent il consistera en une somme d'argent. Cette somme d'argent pourra être fixe ou proportionnelle. Elle sera fixe lorsqu'elle consistera

•

en une somme invariable quelques soient le résultat de l'opération et la réussite de l'affaire. Les commettants n'emploient presque jamais ce mode de paiement pour leurs commissionnaires, car il pourrait leur porter préjudice. Le commissionnaire prendrait peu d'intérêt à l'exécution de l'affaire, sûr d'avoir droit à une rémunération fixe, pourvu qu'il n'ait commis aucune faute, commercialement parlant.

Le droit de commission peut aussi être conditionnel. Il ne serait dû dans ce cas que si le prix de vente était supérieur ou le prix d'achat inférieur à une certaine somme.

Le plus souvent le droit de commission n'est ni fixe ni conditionnel, mais proportionnel au montant de l'opération. On comprend en effet que les commettants aient cherché à réaliser des opérations aux conditions les meilleures. Pour cela, il fallait intéresser les commissionnaires à ces opérations, et leur donner une prime d'autant plus forte que l'opération était plus avantageuse. Le prix varie donc suivant le résultat de l'opération, et peut s'élever à un et demi ou à deux pour cent. D'après les usages du commerce français, les commissions de vente et d'achat donnent ordinairement droit à un salaire de deux pour cent. Cependant les parties peuvent modifier ce taux, et, dans les affaires difficiles ce droit peut aller à cinq pour cent et parfois plus. Cette fixation présente

l'avantage d'intéresser le commissionnaire à vendre au plus haut prix possible, car plus cher il vendra ou moins cher il achètera, plus le droit de commission sera élevé.

On pourrait objecter que, pour obtenir un plus haut salaire, le commissionnaire pourrait s'adresser à des personnes peu solvables ou peu recommandables ; mais le commissionnaire étant responsable des personnes avec lesquelles il traite lorsqu'elles sont notoirement insolvable, devant, en cas de perte, indemniser le commettant, ce danger n'est guère à redouter. D'ailleurs la convention de ducroire écarterait tout péril. Le principe est que les parties sont libres dans la fixation du salaire attribué au commissionnaire. C'est un principe que la jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer. La Cour de cassation, dans un arrêt du 5 novembre 1884, a décidé, en effet, que les parties ont toute liberté pour régler la rémunération du commissionnaire. (D. 1885-1-67). La question avait, à cette époque, un intérêt particulier, en raison de la limitation du taux de l'intérêt. Cet arrêt, rendu avant la promulgation de la loi du 14 janvier 1886, abrogeant cette limitation en matière commerciale, nous montre bien la tendance et les efforts de la jurisprudence en vue d'arriver à cette loi de 1886. Cet arrêt décidait qu'il n'y avait pas contravention aux règles limitatives de l'intérêt de l'argent, dans la convention qui assurait au commissionnaire une

commission de cinq pour cent sur le prix des achats, faits par lui, et, en outre, l'intérêt du prix des achats à dater du jour de l'expédition des marchandises jusqu'au paiement. (V. dans le même sens Trib. com. Mulhouse 27 juin 1851 ; Trib. com. Colmar 9 février 1852 D. P. 1855-2-57).

Enfin le droit de commission peut-être porté au double de son taux ordinaire. C'est le cas que nous avons examiné plus haut, où le commissionnaire se porte garant de l'exécution de l'opération passée par lui.

Si les parties ont le droit de régler elles-mêmes le prix de la commission, il ne faudrait pas cependant que cette rémunération fut excessive. Il a même été jugé que bien que le montant d'une commission avait été fixé par les parties, il appartenait au juge de rechercher si le prix était excessif et dans ce cas, de le réduire à ce qui devait être dû légitimement. (Paris 7 mai 1889 *Pandectes françaises* n° 438). Mais si le commissionnaire avait le droit de stipuler une commission plus forte que celle qui aurait dû lui revenir, il est évident cependant qu'il ne pouvait pas, même en ouvrant un crédit à son commettant, stipuler valablement un droit de commission non seulement sur les ventes faites par son intermédiaire, mais encore sur celles faites par le commettant lui-même, car la réserve d'une commission sur les marchandises vendues par le commet-

tant était absolument sans cause et ne pouvait avoir d'autre objet que de procurer au commissionnaire une augmentation considérable d'intérêts pour les sommes qu'il avançait à son commettant. (Pau 25 avril 1873 D. P. 1874-5-92).

Lorsque le droit de commission consiste en une somme d'argent calculée sur le montant de l'opération et fixée à tant pour cent, cette fixation doit-elle avoir pour base le montant brut de l'opération ou faut-il en déduire les frais accessoires faits avant ou après? Tous les auteurs s'accordent à dire que l'on doit tenir compte, dans la fixation du prix, de la valeur brute de l'opération. (V. notamment Lyon-Caen et Renault T. III n° 470). C'est un point évident, car, si l'on déduisait de cette valeur les frais et autres dépenses, le prix pourrait quelquefois ne pas les couvrir ou les couvrira à peine. Le travail du commissionnaire resterait ainsi sans rémunération. Donc, tous les frais qui ont précédé ou suivi l'opération doivent rentrer dans le calcul de la somme sur laquelle on évaluera le salaire du commissionnaire et cette somme doit se composer du prix brut de la vente ou de l'achat, et du montant des frais. Il y a cependant quelques distinctions à faire selon qu'il s'agit de la commission pour vendre ou de la commission pour acheter. Dans la première, il est d'usage que la commission se prenne sur le montant brut de l'opération. Si l'on déduisait tous les frais

et autres dépenses, il pourrait arriver que tout le prix fut absorbé au point d'annihiler le droit de commission ou de le réduire à presque rien, ce qui laisserait le travail du mandataire sans récompense. Mais il n'aura plus droit à une commission spéciale séparée sur les frais, s'il touche ici un droit sur la valeur brute de l'opération; car ayant déjà reçu ce qui lui revenait sur le prix de vente composé de la valeur vénale de la chose et des frais qu'elle a occasionnés, il ne saurait réclamer en outre un droit spécial sur les frais, ce qui constituerait un double emploi évident. En effet, les frais accroissent le prix des marchandises. Si celles-ci valent trente mille francs prises chez le commettant, et qu'une fois arrivées chez le commissionnaire leur valeur par suite des droits de douane, de fret, de transport etc, ait augmenté de mille francs, elles vaudront mille francs de plus chez le commissionnaire, c'est-à-dire trente et un mille francs, et c'est sur cette somme de trente et un mille francs que le commissionnaire percevra sa commission. Cette somme comprend donc et la valeur première de la marchandise et le montant des frais. Une seconde allocation sur les frais mis à part constituerait un double emploi, par l'effet duquel le commissionnaire percevrait une commission sur trente-deux mille francs au lieu d'en percevoir une sur trente et un mille. Le montant des frais ne peut être ajouté, puisqu'il est compris

une première fois dans le prix brut sur lequel se calcule la commission. Vainement objecterait-on que les marchandises ont subi une baisse depuis le départ, qu'elles ont par conséquent diminué de prix, et qu'en réalité on ne perçoit rien sur les frais. Le commissionnaire, répondrons-nous, touche un droit de commission restreint quand son commettant éprouve une perte. Ils courent tous les deux les chances d'un placement à des prix plus ou moins avantageux avec cette différence cependant que le commissionnaire n'est exposé à voir réduire que son droit de commission tandis que le commettant voit en danger son capital. Le sort de ce dernier est plus intéressant que celui de l'autre partie, et il serait souverainement injuste de contraindre le commettant à payer un second droit sur le montant des frais.

Devons-nous suivre la même règle pour la fixation du droit dû au commissionnaire acheteur? Nous savons que le commissionnaire acheteur, lorsqu'il a acheté des marchandises pour son commettant, doit les mettre à sa disposition. Pour le faire, il aura des frais à payer postérieurement à l'achat. Ces débours qui consisteront en frais d'emballage, de transport, etc..., s'ajoutent à la valeur première de la marchandise; mais le commissionnaire acheteur pourra-t-il en profiter? Nous le croyons, car il est juste qu'il soit récompensé des soins donnés à

la marchandise après l'achat. S'il était privé de sa commission sur les frais d'emballage, d'expédition, il ne serait pas rétribué pour sa peine. Il y a lieu d'ajouter, pour le calcul du droit, les frais faits postérieurement après l'achat. Ces frais, d'ailleurs, ne peuvent être mis à la charge du tiers vendeur car l'article 1753 du code civil dispose que les frais et autres accessoires de la vente sont à la charge de l'acheteur, et si, contrairement à l'usage, ces frais avaient dû être payés par le tiers vendeur, il est certain aussi que le prix de vente aurait été plus élevé.

Il est juste que le droit de commission porte sur le montant de l'achat et sur les frais accessoires dont l'ensemble constitue en réalité le prix de revient de la marchandise achetée.

Si le droit de commission est ordinairement de tant pour cent, la convention des parties peut cependant l'avoir fixé autrement. Ainsi les marchandises qu'un commissionnaire est chargé de vendre peuvent lui être facturées à un prix déterminé. Il les paiera à son commettant au prix où elles lui sont estimées, et gardera pour lui la différence entre cette estimation et le prix pour lequel il les vendra. Cette manière de procéder semble dériver du contrat estimatoire romain.

« En effet il y a estimation, dit Accarias, lorsque je vous remets une chose pour la vendre et que vous vous engagez à me rendre ou la chose elle-

même ou une estimation dès à présent convenue entre nous. » (*Précis de droit romain* T. II n° 653).

On peut voir aussi là un contrat de commission avec fixation d'un droit de commission égal à la différence entre l'estimation et le prix de vente. C'est ce qu'a décidé la Cour de Cassation. Le commissionnaire est regardé comme un mandataire alors même que les marchandises lui sont estimées; le commissionnaire devant garder pour son salaire la différence entre cette estimation et le prix éventuel de vente. (Cassation 18 novembre 1882, S. 1884-1-299).

§ III

A quelle époque le droit de commission est-il dû et quelles causes
peuvent en modifier la fixation ?

Le commettant doit donc au commissionnaire un droit de commission. A quel moment le paiera-t-il ? En principe le droit de commission n'est dû qu'autant que l'opération est conclue, car il est naturel que le salaire soit payé lorsque le travail est fait. (V. en ce sens Trib. com. Havre 6 décembre 1898. V. *Gazette Palais* 1899 table analytique p. 43 n° 3).

Peu importe que le tiers contractant n'exécute pas ses obligations; peu importe le résultat de l'opération; le commissionnaire a droit à sa rémunéra-

tion pourvu qu'on ne puisse lui reprocher ni dol, ni faute, ni négligence. C'est un principe d'équité consacré par le code civil. S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ses remboursements et paiements lors même que l'affaire n'aurait pas réussi. (Art. 1999 code civil).

« On accorde cet avantage, disent Delamare et Le Poitvin, à l'avocat et au médecin pour leurs honoraires, à l'avoué pour ses émoluments, au receveur pour ses peines et soins. Où serait le motif d'en user différemment à l'égard d'un commerçant. » (*Traité du contrat de commission* T. II n° 285).

Lorsque le tiers acheteur dont les affaires ont été jusqu'ici très prospères ne paie pas le prix, le commissionnaire vendeur peut cependant réclamer sa commission car il répond seulement de ses fautes et non des pertes indépendantes de son fait et de sa volonté. La jurisprudence a consacré cette doctrine dans plusieurs arrêts. Elle a admis notamment que le commissionnaire avait droit à sa commission quoique le commettant ait cru devoir faire résoudre la vente à raison de l'insolvabilité de l'acheteur.

Il est vrai cependant que les usages commerciaux pourraient apporter des exceptions à cette règle, car il importe, en matière commerciale, de respecter les usages établis sur chaque place. Ainsi le tribunal de Marseille a décidé que le droit de commission

n'était pas dû quand l'achat est résilié pour défaut de qualité de la marchandise. Ce jugement se fonde sur un usage admis sur la place de Marseille. (Trib. com. Marseille 28 mai 1868. *Pandectes françaises — Commissionnaires* n° 460).

Le droit de commission est dû en principe lorsque l'opération est conclue. Il ne l'est pas lorsque l'affaire est inexécutée, et lorsque la cause de l'inexécution est imputable au commissionnaire. En effet les causes d'inexécution peuvent être de diverse nature, par exemple la révocation du commettant, le cas de force majeure ou bien encore la faute du commissionnaire. Certains auteurs pensent que si l'affaire commise n'a été exécutée que partiellement, un salaire est acquis ou il n'en est dû aucun, selon que le mandat est resté inaccompli par le dol ou la faute du commissionnaire, ou qu'aucune imputation de ce genre ne saurait lui être faite. On devra se demander si le commissionnaire est en faute, car, dans ce cas, il n'aurait droit à aucune commission et devrait même des dommages-intérêts. Au cas contraire, le salaire du commissionnaire lui est dû partiellement, et la proportion en sera déterminée soit par la convention, soit par les usages de la place, soit, à leur défaut, par le tribunal. Ainsi, le commissionnaire par l'intermédiaire duquel une vente s'est faite a droit à sa commission même en cas de résiliation de la vente, si cette résiliation provient du

fait du commettant qui n'a pas livré la marchandise convenue. (Trib. com. Nantes 26 février 1887. *Pandectes françaises*. V. *Commissionnaires* n° 462).

En cas de révocation le commissionnaire n'a droit à rien. Tout le monde reconnaît qu'on ne peut devoir un salaire à celui dont on est obligé de révoquer les pouvoirs ou d'interrompre la gestion, soit parce qu'il méconnaît les intérêts du commettant, ou soit parce qu'il les compromet par son incapacité et sa négligence. Bien au contraire il est tenu d'indemniser son mandant du préjudice qu'il lui a causé.

Le commissionnaire a commis une faute, mais la faute n'a été que partielle, pourra-t-il exiger une commission pour tout ce qui a été exécuté régulièrement? Si l'ordre est susceptible d'une exécution partielle, nous pensons que la commission serait due sur tout ce qui a été fait dans ces limites; mais aucun salaire n'est dû au commissionnaire si l'opération est insusceptible de division, et que la faute, quoique partielle, ait influé cependant sur l'ensemble de l'affaire.

Mais, lorsqu'il n'y a aucun reproche à adresser au commissionnaire, on ne peut lui refuser une commission proportionnelle à l'importance de ses services. « Les règles sont les mêmes, disent Delamare et Le Poitvin, lorsque le commettant révoque son mandat ou que le commissionnaire y renonce à

bon droit, parce que le commissionnaire ne doit gratuitement ses services à personne. » (*Traité de contrat de commission* T. II n° 290).

On distingue ainsi dans le cas du commissionnaire vendeur deux hypothèses. Ou bien le commettant a sollicité les services d'un mandataire, ou bien c'est au contraire ce dernier qui les lui a offerts. Dans le dernier cas, aucune rétribution ne lui est due en dehors des frais qu'il aura déboursés pour la conservation de la chose. Dans l'autre cas, le commissionnaire aura droit à une commission non pas à cause de la vente, puisqu'elle n'a pas été faite, mais pour avoir tenté de la faire. Conformément à l'usage, dit un arrêt de la Cour de Lyon, le droit de commission sera réduit de moitié pour vente tentée. Il devra se calculer de la même manière que le droit entier et par suite il doit être perçu sur le prix de la vente augmenté des frais. (Lyon 4 février 1867 *Journal du palais* 1869 p. 252).

Si au contraire rien n'empêchait d'exécuter la commission complètement, le salaire n'est dû même en partie qu'autant que ce qui a été fait est utile, en un mot qu'autant que l'exécution pouvait être partielle.

Quel sera maintenant l'effet du contre ordre sur le droit de commission? Un commissionnaire acheteur reçoit un ordre d'achat. Après l'exécution de cet achat arrive un contre ordre. Ce contre ordre

ne s'aurait avoir d'influence sur le droit de commission qui reste dû tout entier, mais s'il était arrivé à temps aucune commission ne pourrait être réclamée. Lorsqu'il s'agit de la commission pour vendre, le commettant doit payer le droit de commission si le contre ordre arrive trop tard. Mais, s'il arrive avant la vente, il reste dû un droit de commission non pour la vente, mais pour les soins donnés à la marchandise, pour sa réception et pour sa garde. Les usages commerciaux l'ont reconnu, et de plus, ils ont établi un demi droit pour vente tentée.

On peut encore supposer que le contre ordre arrive après une exécution partielle. Il faut alors distinguer si le mandat est susceptible de division. Si oui, la commission entière est due, sinon le commissionnaire a droit à une indemnité pour ce qui est fait.

CHAPITRE II

DE L'OBLIGATION DE REMBOURSER LE COMMISSIONNAIRE DE SES FRAIS ET AVANCES

La deuxième obligation à laquelle le commettant est assujetti est celle de rembourser au commissionnaire les frais et avances faits par lui conformément aux pouvoirs qui lui ont été conférés. Cette charge avait été reconnue par la loi romaine qui donnait l'action du mandat au mandataire pourvu que les avances et les frais eussent été faits de bonne foi et par nécessité : « *Sumptus bona fide necessario factos judicio mandati restitui necesse est.* » (Dig. L. xvii T. i L. 56 § 4).

Notre code civil ordonne aussi au mandant de rembourser au mandataire les frais et avances qu'il a déboursés dans l'exécution du mandat. L'étendue de cette obligation est la même, que l'opération ait été achevée ou non, qu'elle se soit liquidée finalement par un bénéfice ou par une perte. Les frais que le commettant remboursera au commissionnaire se composeront des débours nécessaires ou seulement utiles. Parmi ces sortes de dépenses, nous

rangeons par exemple le cas où le commissionnaire acheteur paie de ses deniers le tiers avec lequel il a contracté. On y fera rentrer aussi l'acquittement des frais occasionnés par l'opération, par exemple, les droits de douane, d'entrepôt, de magasinage, les primes d'assurances. On doit y ajouter les frais d'un procès soutenu par le commissionnaire au sujet de la marchandise achetée, lorsqu'il n'a commis aucune faute, et n'a soutenu le procès qu'avec l'autorisation du commettant. On peut aussi diviser les dépenses nécessaires et utiles en deux catégories, comme l'ont fait Delamare et Le Poitvin : d'un côté, les dépenses directes, qui sont faites conformément aux ordres explicites du commettant et que nous avons citées plus haut (frais de douane, etc.) de l'autre les dépenses nécessitées par les circonstances, par exemple, les frais d'entretien et de bonification des marchandises. Il est évident que les dépenses qui n'ont eu pour cause qu'une faute du commissionnaire ne donnent pas lieu à un remboursement. (Trib. civ. Seine 18 novembre 1856, D. P. 1858-5-68). Mais en général, comme nous l'avons déjà dit, le commissionnaire doit être remboursé non seulement des frais de toute nécessité mais encore des débours simplement utiles. Si le manufacturier a le droit de retirer ses produits de chez le commissionnaire consignataire desdits produits, ce n'est qu'à la condition d'indemniser celui-ci des

soins, démarches et faux frais qu'il a eus à supporter pour la conservation de ses marchandises. (Rouen 27 octobre 1885; *Rec. Arrêts Caen et Rouen 1886-2-68*; Paris 29 décembre 1858. *Jour. Trib. com. 1859* p. 208).

Quand l'utilité d'une dépense est réelle, peu importe que cette utilité ait cessé depuis ou se soit évanouie. Ainsi un négociant consigne à son commissionnaire des marchandises à vendre. Le navire qui les transporte tardant à paraître, le commissionnaire fait sans ordre une assurance, puis il en avise son commettant qui ne répond pas, et qui du reste, n'a souscrit lui-même aucune police. Cependant le navire arrive. Le mandant prétend alors que la prime n'est pas à sa charge, ses ordres ayant été excédés. A l'appui de cette prétention, on a dit qu'il n'y a pas là une dépense nécessaire, et que l'assurance ne peut avoir lieu sans un mandat spécial ou qu'en vertu d'un précédent bien établi entre le commettant et le commissionnaire. A cette objection nous pouvons répondre que le commettant se présenterait très certainement pour toucher la somme due par la compagnie d'assurance en cas de perte des marchandises. Qui a les avantages doit aussi avoir les inconvénients; c'est un vieux principe posé par la loi romaine. Il est juste que le commettant paie le prix de l'avantage qu'il retire de l'opération.

Le remboursement des frais et avances est dû au

commissionnaire du jour où il les a faits, c'est-à-dire qu'il porte intérêt à dater de ce jour. C'est d'ailleurs la décision du code : « L'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant à dater du jour des avances constatées » (Art. 2001). C'est pour le commissionnaire une juste compensation, soit de l'intérêt que ces avances lui eussent rapporté soit de celui qu'il paie, s'il a emprunté pour les faire. Ces intérêts courent de plein droit, indépendamment de toute mise en demeure du jour où les avances ont été faites, ce qui est conforme aux principes et à l'équité. On a voulu faire une distinction et prétendre que cela était vrai seulement pour les avances proprement dites, et non pour les frais qui ne seraient productifs d'intérêts qu'à partir de la mise en demeure du commettant. Bravard-Veyrières, partisan de cette théorie, dit qu'en thèse générale, les frais sont bien des déboursés et sont compris dans le mot avances, mais que plusieurs articles du code de commerce distinguent cependant les uns des autres et n'accordent les intérêts de plein droit que pour les avances, en les refusant pour les frais. Il semble que ce soit le droit commun en matière commerciale, et il faut plutôt restreindre qu'étendre la disposition qui fait courir les intérêts de plein droit. Le commissionnaire pourra les stipuler, mais s'il ne l'a pas fait, il ne lui sont pas dus, parce que l'avance de ses frais rentre dans la profession du

commissionnaire, qui est indemnisé par le droit de commission. (V. en ce sens *Traité de droit commercial* T. II p. 269).

Cette opinion est facile à réfuter. Tous les déboursés sont des avances, sans qu'il y ait à distinguer entre les avances proprement dites et les frais de commission. En vue de tous ces déboursés, le commissionnaire s'est privé d'un capital, ce qui lui donne droit à des intérêts. C'est l'opinion de tous les autres auteurs qui qualifient d'arbitraire la distinction faite par Bravard. Le commettant a profité de ce que son mandataire lui a avancé la somme nécessaire au paiement de ses frais ; il lui doit donc les intérêts de cette somme. Les motifs de l'article 2001 s'appliquent aussi bien aux frais qu'aux avances. Le commettant demeure obligé envers le commissionnaire au remboursement des frais et avances faits par ce dernier, quoiqu'il ait désigné des mandataires auxquels le commissionnaire devait directement envoyer ses comptes, et qu'il devait même débiter sur ses écritures. (Trib. com. Havre 14 juin 1869. *Pandectes françaises* V. *Commissionnaires* n° 575). Enfin, un jugement récent a décidé que le commissionnaire privilégié sur les marchandises qui lui sont consignées et qui sont le gage de ses débours et avances, ne peut être contraint à les remettre à son commettant même si ce dernier fournit une caution solvable. Pour retirer ses marchandises le commettant doit

verser au commissionnaire le montant de ses débours et avances, sauf son droit, s'il en conteste le chiffre, d'obtenir, sous réserve de ses réclamations, que caution lui soit fournie par le commissionnaire lui-même. (Trib. com. Marseille 31 juillet 1884; V. *Gazette du Palais* 1885-1 — Supplément p. 110). L'article du code de commerce que Bravard cite à l'appui de sa thèse semblerait plutôt lui donner tort. Il vient confirmer la règle générale d'après laquelle il n'y a pas à distinguer entre les frais et les avances au point de vue des intérêts. Quand la loi a voulu apporter des exceptions à ce principe, elle n'a pas manqué de l'indiquer formellement. C'est ce qui a lieu notamment dans les articles 184 et 185 du code de commerce qui font une distinction entre le point de départ des intérêts du principal de la lettre de change protestée et des frais du protêt.

CHAPITRE III

DE L'OBLIGATION DE RENDRE LE COMMISSIONNAIRE INDEMNÉ DES OBLIGATIONS CONTRACTÉES ET DES PERTES ÉPROUVÉES

La troisième obligation du mandant est celle d'indemniser le commissionnaire des engagements valablement contractés par lui, et des pertes qu'il a éprouvées dans l'exécution du mandat.

Lorsque le commissionnaire a contracté avec le tiers en son nom personnel, ce qui est la règle, c'est en sa personne que se produisent les effets des actes juridiques passés par lui. Bien qu'il opère en réalité pour le compte du commettant, le tiers ne connaît que lui, soit comme créancier, soit comme débiteur. C'est lui qui peut réclamer au tiers le paiement du prix ou la livraison des marchandises ; mais c'est lui aussi qui paiera le prix d'achat, ou livrera les marchandises vendues. Il contracte ainsi des obligations qui ne peuvent rester à sa charge. « Le mandant, dit Pothier, doit indemniser entièrement le mandataire de la gestion de l'affaire dont il a bien voulu se charger. Cette indemnité ne consiste

pas seulement à rembourser le mandataire des déboursés qu'il a faits ; il faut, pour que l'indemnité soit entière, qu'il soit déchargé des obligations qu'il a contractées pour l'exécution du mandat. » (*Du mandat* n° 805). Le code civil dispose aussi que le mandataire agissant en son nom pour le compte du mandant, peut forcer celui-ci à exécuter les engagements contractés par lui conformément aux pouvoirs qui lui ont été conférés.

Mais est-ce à dire que le commissionnaire n'a d'action contre le commettant qu'après avoir exécuté ses engagements ? Certainement non, car on ne saurait obliger le commissionnaire à attendre, pour agir, qu'il soit lui-même poursuivi ; autrement, il pourrait se trouver en face d'un commettant insolvable. La loi a remédié à cet état de choses en mettant à la disposition du commissionnaire diverses sûretés réelles ou personnelles : il sera garanti contre toute perte par le cautionnement, l'hypothèque, le gage, etc. ; il pourra aussi recevoir une lettre de change revêtue de signatures dont la valeur commerciale est sûre et dont l'échéance coïncide avec celle de son engagement.

Si le tiers y consent, le mandant peut se constituer débiteur, en cas d'achat, à la place du mandataire. Ce mode de libération a pour résultat de forcer le commettant à faire les avances nécessaires. Quoique cela puisse certainement être usité dans les opéra-

tions de commerce, il est évident que le tiers ne consentira pas souvent à cette novation, car il a contracté avec le commissionnaire parce qu'il connaissait son crédit et sa réputation ; il est naturel de penser qu'il ne consentira pas à perdre un débiteur qu'il connaît, pour en prendre un autre (le commettant) qu'il ne connaît pas, et qui, quelquefois même, résidera en pays étranger. Le mandant peut, d'ailleurs, se refuser à user de ce procédé, d'autant plus que souvent il tiendra à rester inconnu.

Quelque soit le mode de garantie employé, le commissionnaire est en droit d'exiger des sûretés aussitôt qu'il a contracté des engagements, mais il ne peut demander au commettant de lui rembourser ses frais par anticipation. Cependant, si le commettant paie au commissionnaire avant tout engagement la somme qu'il devait lui donner après, le commissionnaire peut la recevoir sans être tenu pour cela de donner un escompte au commettant. Si l'escompte était admis, le commissionnaire recevrait moins qu'il n'a déboursé, et il vaudrait mieux pour lui attendre la fin de son engagement pour être payé, que de réclamer avant toute opération. En résumé, le commettant ne doit pas le remboursement anticipé ; il peut cependant le faire, mais sans profiter de l'escompte.

Le commettant, au lieu d'indemniser des pertes, peut au contraire se refuser absolument à fournir

es sieges qu'il doit à son commettant. Le
tribunal le condamnera sur la demande de celui-ci
à des dommages-intérêts qui porteront sur tout de
l'existence des engagements pris pour le com-
missionnaire. A la demande la seule de rendre
l'indemnité pour le cas où le commissionnaire ne pour-
rait pas. Et son paiement au tribunal de commerce.
et son paiement à son commettant. Les dommages-intérêts
suffisants à préserver tout le subit. Arrêt.

montré qu'il a contracté, mais il se trouve obligé
de le dédommager des pertes qu'il a subies. Le
commissionnaire ne doit rendre aucun profit de
l'opération, et doit rendre compte de son honneur.
Il ne peut qu'il ne subisse aucune perte dans l'ex-
écution du mandat. Et il alloue une prescription
civile de 10 ans. Le mandat doit néanmoins
le mandataire des pertes que celui-ci a subies. Il
doit se payer sans impudence qui lui soit
imposée. (Cass. 1er juil. 2000). C'est également
ainsi du mandat de mandat. Le mandataire doit
se payer au mandant même dans le mandat sol-
daire. Et il ne peut pas user qu'il supporte les pertes
qu'il a contractées et accumulé sur mandat sans
sans de se payer. (Cass. 1er juil. 2002).

Le mandat pas à Saint que le commission-

dit Pothier, que la témérité qu'il a eue de se charger d'une gestion qu'il n'avait pas le loisir de faire, qui lui a causé cette perte. Il devait avant que de s'en charger, examiner s'il en avait le loisir. » (*Mandat n° 77*).

Les lois étrangères ont admis, comme notre code, qu'en outre du droit de commission, le commettant devait tenir compte à son commissionnaire des frais et avances, des engagements contractés, ainsi que des pertes éprouvées. Parmi les frais, la loi commerciale allemande cite le loyer pour l'usage des magasins, les moyens de transport fournis par le commissionnaire et le salaire payé pour le travail de ses gens. De même qu'en droit français, le salaire ne peut-être exigé qu'après l'opération, le droit de commission ne peut-être demandé pour des opérations qui n'ont pas encore été exécutées. (Art. 371, *Code 1861* ; § 396 Al. 2 *Code 1897*).

Le code hongrois s'explique dans les mêmes termes. A défaut de convention, dit-il, le droit de commission est fixé d'après l'usage commercial, il est accordé pour toute dépense nécessaire ou simplement utile. (Art. 377).

La loi belge régleme le salaire auquel a droit le commissionnaire comme la loi française. Si le commettant peut révoquer le mandat donné au commissionnaire, il doit aussi lui payer un salaire pour les démarches qu'il a faites. Cette indemnité

peut être fixée à la moitié de la commission stipulée. La plupart des tribunaux belges ont admis que le droit de commission est dû par cela seul que le contrat est conclu, sans qu'il y ait à tenir compte de l'inexécution. Cependant, à Liège, le droit de commission n'est dû qu'après l'exécution complète du marché, après le paiement du prix en cas de vente. (V. en ce sens Trib. com. Liège 27 juin 1878 et en sens contraire Anvers 20 Novembre 1880. Rapporté par Lyon-Caen et Renault *Précis de droit commercial* T. III p. 346 n° 2).

Le code espagnol, en reconnaissant le droit à la commission, renvoie aussi aux usages de la place, lorsque la convention a oublié de la fixer. Le commissionnaire sera tenu de payer comptant au commissionnaire sans compte justificatif, le montant de ses frais et déboursés avec l'intérêt légal depuis le jour où il a fait lesdits frais. Il peut aussi révoquer la commission, mais il sera toujours tenu des actes qui ont été faits avant qu'il ait fait connaître au commissionnaire cette révocation. (Art. 277 à 279).

Enfin, le code suisse des obligations donne au commissionnaire le droit d'exiger du commettant qu'il remplira à sa décharge les obligations qu'il a contractées pour son compte. (Art. 400). Mais à l'inverse de ce qui a lieu d'après les autres lois, et particulièrement d'après le code allemand, le commissionnaire ne peut porter en compte une indemnité

pour le salaire de ses employés ; le travail des employés doit être considéré comme étant le travail du commissionnaire, travail pour lequel celui-ci reçoit sa provision. Bien entendu, les parties sont toujours libres de passer d'autres conventions (Art 439).

Pour les affaires qui n'ont pas été exécutés, le commissionnaire ne peut réclamer qu'une indemnité à raison de ses démarches, selon l'usage de la place. (Art. 440).



TROISIÈME PARTIE

Des garanties accordées par la loi au commissionnaire et au commettant

Nous venons de voir quels sont les droits et obligations du commissionnaire et du commettant. Nous savons notamment que si le premier est obligé d'exécuter l'opération et d'en rendre compte, le second doit lui payer son salaire et l'indemniser de tout ce qu'il a fait pour lui.

Il peut arriver que les parties n'accomplissent pas les obligations qui leur sont imposées, que l'unè par exemple n'exécute pas ou exécute mal l'opération, que l'autre refuse de payer le salaire ou de rembourser les frais. La loi n'a pas voulu laisser les parties désarmées. Elle a mis à leur disposition des garanties qui leur permettent de faire triompher leurs droits. Il arrive souvent qu'en prévision de ces éventualités, le mandant et le mandataire règlent d'avance, et par une convention expresse, le mode

de recours à employer. Mais, si le contrat est muet à cet égard, ils ne seront cependant pas désarmés car diverses garanties leur seront offertes, les unes formellement consacrées par la loi, les autres dérivant des principes généraux du droit civil ou du droit commercial.

Nous examinerons dans un premier titre les sûretés accordées au commissionnaire contre le commettant, et dans un second titre, celles accordées au commettant contre le commissionnaire.



TITRE I

DES GARANTIES ATTACHÉES AU DROIT DU COMMISSIONNAIRE

Ces garanties sont :

- 1° Le privilège ;
- 2° Le droit de rétention et la revendication ;
- 3° La solidarité des commettants.

Nous allons les étudier successivement.

CHAPITRE PREMIER

DU PRIVILÈGE

Tout commissionnaire, dit le code de commerce, a privilège sur la valeur des marchandises à lui expédiées, déposées ou consignées, par le fait seul de l'expédition, du dépôt ou de la consignation, pour tous les prêts, avances et paiements faits par lui soit avant la réception des marchandises, soit pendant le temps qu'elles sont en sa possession. Dans la créance privilégiée du commissionnaire sont compris avec le principal les intérêts, commission et frais. Si les marchandises ont été vendues ou livrées pour le compte du commettant, le commissionnaire se rembourse sur le produit de la vente du montant de sa créance par préférence aux créanciers du commettant. (Art. 95).

Le code civil dit de son côté : « Tout mandataire qui a fait des frais pour la conservation de la chose de son mandant jouit d'un privilège pour ses avances. (*Code civil* Art. 2102).

Si la loi s'est montrée si bienveillante à l'égard du commissionnaire, c'est en considération des services

qu'il rend à son commettant. Non seulement il peut faciliter les opérations en lui faisant des prêts et avances ; mais encore, en lui avançant le prix du transport, les droits de douane et le magasinage, il lui assure la bonne conservation de ses marchandises. Il importait donc, au point de vue commercial, d'encourager ces prêts et ces déboursés qui contribuent au succès et à la facilité des affaires. Pour cela il fallait renforcer ces diverses créances.

Delamare et Le Poitvin ont décrit en ces termes l'utilité du privilège : « Le mandat de commission épargne au commissionnaire une grande perte de temps et des absences dispendieuses, ou il lui économise des frais de recouvrement et de transports de fonds, ou bien lui procure les capitaux et le crédit dont il a besoin pour continuer ses spéculations ou en entreprendre de nouvelles. Mais tous ces avantages s'évanouiraient à l'instant même où le commissionnaire ne se croirait plus certain du paiement de ses débours, de la rentrée de ses avances, de la décharge de ses engagements. Voilà pourquoi les peuples commerçants se sont accordés à lui reconnaître le droit de retenir pour la sûreté de sa créance la marchandise ou les valeurs qui existent entre ses mains. » (*Traité du contrat de commission* T. II n° 388). La loi l'a ainsi compris, et le code de commerce a accordé un privilège au commissionnaire. A cette garantie principale, il faut ajouter le

droit de rétention, le droit de revendication, et l'avantage de la solidarité accordé au commissionnaire qui a reçu de plusieurs commettants l'ordre de faire une opération, et lui donnant le droit d'exiger de ses commettants qu'ils répondent tous à son égard, et pour le tout, de cette obligation.

Nous étudierons dans six paragraphes :

- § I. — L'origine du privilège ;
- § II. — Sa nature ;
- § III. — Ses conditions d'existences ;
- § IV. — Au profit de qui il existe ;
- § V. — Les créances qu'il garantit ;
- § VI. — Les effets qu'il produit et le rang qu'il occupe.

§ I

Origine du privilège

L'origine de ce privilège est assez obscure ; elle a donné lieu, dans la doctrine, à de nombreuses controverses. Certains auteurs ont pensé que cette sûreté ne date que du code de commerce ; ils ont fait remarquer que la plupart de nos anciens jurisconsultes, et parmi eux Pothier, n'en ont pas parlé. Cependant, Valin, dans son *Commentaire de l'ordonnance de 1681 sur la marine*, a formellement indiqué l'existence de ce privilège : « La faveur du com-

merce, dit-il a fait introduire le privilège du nantissement où de la saisie naturelle au profit de celui qui ayant à sa consignation des marchandises appartenant à un négociant dont il est le commissionnaire ou le correspondant avance des sommes sur le prix de ses marchandises, ou paie des lettres de change tirées sur lui à l'occasion de ces mêmes marchandises. Il est même des pays, comme en Hollande, où, pour la preuve du nantissement, il suffit de représenter la clef du magasin où sont les marchandises, tant les opérations qui produisent la circulation vive du commerce sont favorables et méritent d'être privilégiées ». (*Nouveau commentaire sur l'ordonnance de la marine* L. II § 10 art. 3).

Nous pouvons induire de ce texte que, si la loi ne consacrait pas formellement l'existence du privilège, la coutume commerciale l'avait du moins admis. On a prétendu que l'ordonnance de 1673 n'accordait de préférence au créancier nanti qu'au cas où il existait un acte passé par devant notaire, dont il devait rester minute. Mais cette disposition, répondrons-nous avec Jousse, ne s'appliquait jamais au commissionnaire « car elle n'était portée que contre ceux dont la mauvaise foi était prouvée ou réellement soupçonnée ». (*Commentaire de l'ordonnance de 1673* T. II p. 18).

Delamare et Le Poitvin ont prétendu que le passage de Valin se rapporte à un simple droit de

rétention. Le mot privilège n'a pas dans sa bouche le sens positif qu'on y attache aujourd'hui. L'auteur explique lui-même ce qu'il entend par cette expression : « C'est dit-il une saisie naturelle produisant le même effet que le nantissement. En d'autres termes, c'est le droit de rétention. » (*Traité du contrat de commission* T. II n° 389).

Lorsqu'en 1801, le projet du code de commerce fut envoyé aux Cours et Tribunaux, les rédacteurs du projet avaient proposé premièrement, d'accorder un privilège au commissionnaire sur les marchandises dont il est nanti, à raison des avances par lui faites à l'expéditeur; deuxièmement, de n'accorder ce privilège, quand le propriétaire réside dans le même lieu, qu'à ceux qui pouvaient présenter, conformément aux dispositions de l'édit de 1673, un titre notarié portant reconnaissance de leur créance.

Sur le premier point, les villes de commerce demandèrent unanimement, en invoquant les traditions et les coutumes commerciales, que le privilège eût lieu dès que l'expédition serait constatée. Cette modification fut admise par les commissionnaires chargés de la révision du code de commerce et favorablement accueillie.

Sur le second point, les commerçants trouvèrent inconciliable avec les habitudes et les besoins du commerce l'exigence de l'édit de 1673 que, le code

de commerce voulait maintenir. Ils critiquèrent surtout la publicité forcée et les droits d'enregistrement assez considérables qui devaient résulter de la mesure projetée. Les rédacteurs du projet de code de commerce considérèrent que ces réclamations étaient justes; mais le Conseil d'Etat, chargé de juger en dernier ressort, maintint l'article du projet. Cependant à la suite de crises commerciales, une loi de 1830, tout en maintenant l'exigence d'un écrit pour les actes de prêts, etc..., avait établi un droit fixe de deux francs pour leur enregistrement, mais supprimait le droit proportionnel. Telle fut la règle jusqu'à la loi de 1863 que nous étudierons plus tard, et qui abolit toute formalité et toute distinction en admettant comme règle générale le principe qu'un écrit n'était pas nécessaire, principe qui régissait déjà antérieurement le cas où le commissionnaire et le commettant ne résidaient pas dans le même lieu et où il y avait par conséquent expédition de place en place. Les rédacteurs du code de commerce n'ont donc pas comme dit Bravard, le mérite d'avoir créé le privilège, ils ont seulement celui de l'avoir consacré et soigneusement réglementé. (V. *Traité de droit commercial* T. II p. 278).

Aussi, si Delamare et Le Poitvin pouvaient contester l'existence du privilège pour l'ancien droit, ils devaient le reconnaître sous l'empire de la loi nouvelle. Les anciens articles 93, 94 et 95, remplacés

en vertu de la loi de 1863 par le nouvel article 95, accordaient formellement un privilège au commissionnaire, qu'il demeure sur une autre place ou dans la même ville que son commettant. Il est inadmissible que le législateur ait employé un mot pour un autre et désigné sous le nom de privilège un droit de rétention. Si les rédacteurs du code de commerce avaient eu l'intention d'accorder seulement au commissionnaire un droit de rétention et pas de privilège, ils l'auraient certainement spécifié.

L'article 95 actuel qui a remplacé les anciens articles dit : « Tout commissionnaire a privilège... » S'il a privilège, il a tous les droits qui s'y rattachent, et entre autres, le droit de préférence sur le prix. Or le droit de rétention ne lui conférerait pas ce droit, car il ne s'exerce et ne peut s'exercer que sur la chose elle-même. La question que nous venons de traiter a donc un intérêt pratique. De plus, s'il n'avait que la rétention, il n'aurait aucun droit spécial dès l'instant où il aurait perdu la possession. Ou bien, titulaire d'un privilège, il peut suivre la chose dans le délai accordé par les coutumes commerciales. Concluons qu'il faut s'en tenir aux termes de la loi et que l'expression de privilège n'y est pas prise dans un sens impropre, comme l'ont prétendu Delamare et Le Poitvin. « L'esprit de la loi, dit Troplong, s'oppose à ce qu'on appelle réten-

tion le privilège accordé à la possession, car, il peut y avoir rétention sans privilège. » (*Du nantissement* n° 454).

Le commissionnaire a un privilège, mais ce privilège est-il le même que celui du mandataire ? « Pour assurer l'exécution de l'obligation du mandat, dit M. Guillouard, l'action en paiement qui appartient au mandataire est garantie par le privilège du conservateur de la chose s'il a fait des frais pour la conservation de la chose du mandant ». (*Du mandat* p. 511). Mais, en dehors de cette hypothèse, les créances du mandataire contre le mandant ne sont garanties par aucune sûreté spéciale. Parfois, cependant, il peut avoir un droit de rétention, quand le privilège de l'article 2102 ne lui est pas accordé ; encore cette question a-t-elle donné lieu à nombre de controverses. Le privilège du commissionnaire ne peut se confondre avec celui du mandataire. Il a une plus grande extension, puisqu'il garantit non-seulement les sommes que le commissionnaire a déboursées pour la conservation de la chose, mais encore toutes les créances qu'il peut avoir à l'occasion de cette chose contre le commettant.

Les règles régissant le privilège du commissionnaire sont contenues dans l'article 95 du code de commerce. Avant la loi de 1863, trois articles avaient traité aux garanties du commissionnaire ; mais ils établissaient des règles différentes suivant le domicile

du commettant et du commissionnaire ; et ils avaient donné lieu à de vives récriminations et gêné la liberté du commerce. Aussi, furent-ils modifiés par la loi du 23 mai 1863. sur le gage commercial. Cette loi libérale favorisa les affaires en abolissant les anciennes règles. Elle supprima l'inscription et le droit d'enregistrement, et inaugura un régime de liberté, en traitant sur le même pied tous les commissionnaires. Afin de ne pas bouleverser le code, on a remplacé par deux articles les anciennes dispositions qui ont été en partie abrogées ou modifiées.

§ II

Nature du privilège

Le privilège du commissionnaire fait partie des privilèges spéciaux sur les meubles. Ces privilèges se divisent en deux classes, selon qu'ils sont fondés sur la mise ou la conservation d'une valeur dans le patrimoine du débiteur, ou bien sur une constitution de gage expresse ou tacite, c'est-à-dire présumée par la loi en raison des circonstances. Ici, bien qu'il n'y ait pas, à proprement parler, de constitution de gage, la loi présume que le commettant a voulu constituer ses marchandises en gage dans le but d'assurer la garantie des droits du commissionnaire. Le privilège du commissionnaire, fondé sur l'intérêt

général du commerce, repose sur une sorte de nantissement, qui se rapproche du gage conventionnel. Ce n'est pas, comme nous l'avons dit, un simple droit de rétention ; c'est à la fois un droit de rétention sur la chose qui est entre les mains du commissionnaire et un droit de privilège sur le produit de la vente. (V. en ce sens Cassation 12 mai 1885 *Gazette du palais* 1885-2-301). Dans cet arrêt de 1885, la Cour décide expressément que le privilège accordé par l'article 95 du code de commerce au commissionnaire qui a fait des avances à son commettant est du même ordre que celui concédé aux créanciers gagistes.

Le privilège du commissionnaire repose donc sur une constitution tacite de gage.

§ III

Des conditions d'existence du privilège et des objets sur lesquels
il porte

Le code de commerce avant d'avoir été remanié par la loi de 1863, distinguait, comme nous l'avons vu, deux sortes de commissionnaires au point de vue du privilège : Ceux à qui les marchandises étaient adressées d'une place sur une autre, et ceux qui avaient leur domicile dans le même lieu que le commettant. Les tribunaux avaient le pouvoir absolu

de décider, en fait, si tel lieu était une place de commerce distincte de telle autre. Si oui, le privilège du commissionnaire existait de plein droit ; sinon, il fallait qu'on eût rempli les formalités des articles 2074 et 2075 du code civil, c'est-à-dire que le privilège n'existait qu'autant qu'il y avait eu un acte notarié, ou un acte sous seing privé dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses mises en gage.

Les anciens articles 93, 94 et 95 du code de commerce reconnaissaient le privilège du commissionnaire, mais l'entouraient de restrictions inspirées par la crainte d'un concert frauduleux entre les parties. La distinction qu'ils faisaient pouvait s'expliquer à la rigueur. En effet, lorsqu'il y a expédition de place en place, le commissionnaire est d'une grande utilité pour le commettant à qui il évite par son entremise, des frais de déplacement coûteux, en même temps qu'il lui trouve un client. Il était naturel de favoriser le commissionnaire qui ne demeurait pas sur la même place que son commettant, en le dispensant des formalités des articles 2074 et 2075. De plus, on expliquait les restrictions du privilège par rapport au commissionnaire demeurant dans la même place que le commettant par la crainte que les parties, dans la perspective d'une faillite, ne fissent des accords frauduleux pré-

judiciaires aux intérêts des créanciers. En effet, l'article 440 du code de commerce déclare nuls et sans effet relativement à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur, depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque, tous droits d'antichrèse ou de nantissement constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées. Or, le commerçant résidant dans la même place, aurait pu favoriser un de ses créanciers en lui consignait des marchandises, et faire naître ainsi à son profit le privilège du commissionnaire. La crainte d'une entente réalisée au détriment des autres créanciers expliquait la condition d'un domicile distinct, ou la nécessité de se conformer aux exigences du code civil. Si, au contraire, en ce qui concerne le commissionnaire domicilié dans une autre ville que le commettant, on s'écarterait des règles ordinaires de la constitution de gage, et si l'on n'exigeait aucune formalité spéciale, pour lui accorder son privilège, cette dérogation n'était pas dangereuse, et ne pouvait devenir une occasion de fraude. Etendue au cas de résidence dans la même localité, elle pouvait donner lieu à de graves abus et n'être qu'un moyen de favoriser un créancier de préférence aux autres et à leur détriment. L'éloignement des deux domiciles des parties rendait donc l'entente frauduleuse

plus difficile, et le danger était très restreint dans le cas où les marchandises étaient expédiées d'une place sur une autre, car il est facile, dans ce cas, de constater le fait de l'expédition, et par là même de connaître la date de la consignation. D'ailleurs les délais assez longs exigés pour les transports de marchandises étaient un sérieux obstacle à la fraude. L'envoi de la marchandise servira donc de contrôle à l'opération et fournira la preuve de la sincérité de l'affaire. Il remplace ainsi l'acte public ou l'enregistrement exigé par le code civil (Art. 2074).

Selon certains auteurs, le privilège existait, non seulement lorsque la marchandise était réellement dirigée d'une place sur une autre, mais lorsque le commissionnaire en avait reçu la tradition effective. Delamare et Le Poitvin pensaient qu'il pouvait y avoir expédition de place en place, si, le commettant et le commissionnaire résidant dans la même ville, la marchandise était expédiée d'une autre ville ou d'un autre lieu au commissionnaire. Les marchandises sont ainsi déplacées et livrées à la circulation. Par ce moyen la liberté du commerce est favorisée, ainsi que la circulation des capitaux. C'est précisément tout cela que le législateur a voulu protéger. L'aisance du peuple et la prospérité de l'Etat en dépendent. Delamare et Le Poitvin semblent du reste avoir exagéré la portée précise des anciens articles 91 et 95. Quoique leurs explications

ne fussent pas claires, il semblait en résulter que les formalités du code civil n'étaient pas exigées, même s'il n'y avait pas expédition de marchandises, lorsque le commettant et le commissionnaire n'avaient pas leur domicile dans le même lieu. C'était une solution contraire à l'esprit du code. Quoiqu'il en soit, si la loi ancienne se justifiait au point de vue de la garantie qu'elle accordait aux autres créanciers contre le concert frauduleux des parties, elle ne devait plus avoir de raison d'être le jour où cette garantie ne serait plus suffisante pour écarter la fraude, et où les communications plus rapides amèneraient plus de promptitude et de célérité dans la marche des affaires. Ainsi la loi de 1863 supprima-t-elle toute distinction entre les commissionnaires. D'une part, par suite de la facilité et de la rapidité des communications, la différence de domicile n'était plus un obstacle sérieux à la fraude; les transports pouvant se faire, même à de grandes distances, dans un laps de temps très bref. D'autre part, la nécessité de rédiger un écrit, de le faire enregistrer était extrêmement gênante pour le commerce. En dehors même du prix qu'elles devaient payer pour remplir cette obligation, les parties pouvaient être exposées à manquer une bonne affaire par suite du temps nécessaire à l'enregistrement et à la confection de l'écrit. Or, la célérité dans les opérations commerciales et la promptitude à saisir une occasion favorable sont

souvent la cause du succès. En raison de cet état de choses, il est facile de comprendre que les commerçants aient demandé l'abolition de ces dispositions gênantes et aient réclamé un régime d'égalité. En effet, pourquoi favoriser la constitution de gage expresse en la dispensant des formalités de l'article 2074 du code civil, et y soumettre au contraire la constitution de gage tacite, d'où naît le privilège du commissionnaire ?

Aussi la loi de 1863 fut-elle saluée par tous avec enthousiasme car elle apportait au commerce un régime plus libéral et un nouvel élément de prospérité.

Tous les commissionnaires furent traités sur le même pied d'égalité ; et on admit en règle générale le principe, qui, antérieurement, ne régissait que le cas où il y avait expédition de place en place. Par conséquent, plus besoin d'écrit, ni d'enregistrement.

Le privilège existe en dehors de toute formalité ; mais la loi veut que le gage soit mis et reste en la possession du créancier gagiste ou d'un tiers convenu. Si cette condition n'est pas remplie, le privilège n'existe pas. Il en serait de même si le commissionnaire était dessaisi du gage après l'avoir reçu. (Voir en ce sens Paris 29 déc. 1864 ; Caen 11 août 1880 ; V. *Pandectes françaises — Commissionnaires* n° 910). Cette règle loin d'être une formalité arbitraire, garantit les autres créanciers contre la fraude du

commettant. Le débiteur de mauvaise foi pourrait, s'il gardait pour lui les marchandises et ne les laissait pas entre les mains du créancier gagiste, donner en gage une seconde fois des choses déjà engagées à un autre. Si, d'ailleurs, les marchandises étaient restées entre les mains du commettant, ses créanciers devraient penser qu'elles font encore partie de son patrimoine, ce qui accroîtrait son crédit d'une façon illicite et dolosive. Quand les marchandises sont-elles à la disposition du commissionnaire ? Elles seront considérées comme telles, nous dit l'article 95, 1^{er} alinéa du code de commerce, lorsqu'elles lui auront été consignées, déposées ou expédiées. Il y a consignation lorsque la marchandise est dans les magasins du commissionnaire qui a mission de les vendre. Il y a dépôt, lorsque le commettant a mis les marchandises entre les mains de son commissionnaire sans cependant le charger de les vendre. Une discussion s'est élevée sur le point de savoir s'il est nécessaire, pour l'existence du privilège, que la consignation des marchandises soit accompagnée du mandat d'en opérer la vente. Une première opinion, basée sur l'article 93, exigeait formellement que le commissionnaire eût le pouvoir de vendre. L'absence de mandat à cet égard rendait, disait-on, tout privilège impossible. Mais la coutume commerciale n'a pas suivi l'ancien article 93 et elle a écarté cette doctrine. Elle a jugé que le mandat

de vendre n'était pas une condition à défaut de laquelle le privilège des avances sur connaissement doive disparaître, si, d'ailleurs, les conditions du code ont été remplies. Il est certain, cependant, que le commissionnaire ne se décide le plus souvent à faire les avances qu'en vue de la commission qu'il percevra sur le produit de la vente. C'est le cas le plus fréquent, mais, en l'indiquant, la loi n'exclut nullement les exceptions que peut subir la règle. Le mandat de vendre n'a donc pas besoin d'être exprimé ; il est la conséquence forcée de l'opération elle-même, et sous entendu entre les parties : « La consommation de la vente, dit Bédarride, entre dans les prévisions du commissionnaire, et lorsqu'en présence de la certitude de ces prévisions le commettant s'est tu, ne doit-on pas admettre qu'il a entendu s'en référer à l'usage rappelé par l'article 93 et universellement pratiqué. » (Bédarride. *Des commissionnaires* n° 196).

Avec le texte actuel, la question ne présente plus d'intérêt. Le nouvel article 95 dispose que tout commissionnaire a privilège pour ses avances sur les marchandises à lui expédiées, mais il supprime le passage de l'ancien article 93 « pour être vendues pour le compte d'un commettant ». Le mandat d'opérer la vente n'est donc pas nécessaire, et s'il n'est pas nécessaire, il n'est pas non plus suffisant pour que le privilège existe. En effet, je puis vous donner mandat de vendre des marchandises, sans les mettre

pour cela à votre disposition, ce qui est indispensable pour la validité du privilège. Elles seront à votre disposition lorsqu'elles vous seront parvenues, arrivées dans vos magasins, et même dès le moment où elles auront été expédiées. Il y a expédition lorsque les marchandises sont mises en route pour parvenir au destinataire et que le commissionnaire est nanti de la lettre de voiture ou du connaissement lui permettant de se les faire délivrer lors de leur arrivée à destination. Par le connaissement le commissionnaire est averti de la nature, de la quantité, ainsi que de l'espèce ou qualité des objets qu'il va recevoir. La cour de Caen a jugé que le commissionnaire qui a reçu les connaissements et les polices d'assurance des marchandises à lui expédiées a privilège sur ces marchandises à l'exclusion de toute personne. (Caen 6 juin 1882. D. 1884-2 p. 13). Pour déterminer si le créancier se trouve effectivement saisi par un connaissement, il faut distinguer selon que ce connaissement est au porteur, à ordre, ou à personne dénommée. Dans le premier cas, la remise du titre suffit. Dans le où le connaissement est à ordre, il faut qu'il soit endossé au commettant. C'est le mode le plus pratique. « La transmission du connaissement, dit M. Danjon, est alors très facile et en même temps très sûre. C'est la forme à ordre qui donne au connaissement le caractère d'un instrument de crédit. Par le simple endossement du connaissement à ordre les

marchandises qui sont en cours de route peuvent être mises successivement en la possession d'un grand nombre de personnes, et être ainsi l'objet de toute une série de ventes ou de constitutions de gage jusqu'au jour du déchargement à destination. Aussi cette forme de connaissance est-elle de beaucoup la plus répandue dans tous les pays maritimes. » (*Eléments de droit maritime commercial* n° 225, 2^e alinéa).

Enfin, si, ce qui est rare, le titre est à personne dénommée, il faudra avoir recours à une signification dans les termes de l'article 2075, c'est-à-dire à la confection d'un écrit enregistré. Le connaissance saisit donc le commissionnaire, et dès ce moment il est nanti. Mais y a-t-il dans l'endossement en blanc un acte suffisant pour donner ouverture au privilège que nous étudions? Le commissionnaire qui en bénéficie est-il dûment approprié de son gage? Aux termes de l'article 91, alinéa 2, du code de commerce, le gage à l'égard des valeurs négociables peut être établi par « un endossement régulier indiquant que les valeurs ont été remises en garantie ». On pourrait être tenté d'en conclure que le simple endossement en blanc, lequel n'est pas régulier, n'a pas le même effet et n'est pas susceptible de donner lieu à un droit de gage, ni à un privilège foudé sur l'idée de gage. Mais, avec MM. Lyon-Caen et Renault (*Traité de droit commercial*, 2^e édition,

III, n° 278 bis, p. 206) nous rejeterons cette solution rigoureuse, qui ne peut dériver que d'une confusion. L'hypothèque visée par l'article 91, alinéa 2, est en effet toute différente de celle qui nous occupe. Ce texte régleme la constitution du gage sur les créances constatées par des titres à ordre, et il résulte de ses termes qu'on ne pourra créer un droit de gage sur une créance de ce genre que par un endossement régulier. Mais il y a loin de là à l'hypothèse que nous étudions, c'est-à-dire au cas où un connaissement est endossé à titre de garantie. Il ne s'agit plus ici de constituer un droit de gage sur une créance d'une nature particulière, mais bien sur les marchandises auxquelles le connaissement se réfère et qu'il représente. Comme le font remarquer MM. Lyon-Caen et Renault (l. cit.), « l'endossement du connaissement n'a lieu que pour satisfaire à la condition de la mise en possession du créancier gagiste ». Il ne rend pas le commissionnaire possesseur juridique d'une créance contre le voiturier, mais des marchandises expédiées elles-mêmes. S'il en est ainsi, il n'y a pas de raison pour refuser à l'endossement en blanc l'effet reconnu à l'endossement régulier. En effet, la loi exige simplement, pour la validité de la constitution de gage, que le créancier ait l'objet du gage en sa possession, ou, du moins, à sa disposition ; or, cette condition est aussi complètement remplie, quand il y a endosse-

ment en blanc, que quand il y a endossement régulier et indication du nom. Dans l'un et l'autre cas, les marchandises, objet du gage, sont à la disposition du commissionnaire.

Toutefois, cette opinion a été rejetée par la cour de Rouen, dans un arrêt du 7 mai 1887. (*Revue internationale de droit maritime*, III, p. 414). La cour a jugé que, si divers exemplaires d'un même connaissement se trouvent entre les mains de tiers porteurs différents, celui qui possède un exemplaire régulièrement endossé doit être préféré au possesseur d'un autre exemplaire non endossé, bien que ces exemplaires aient été engagés au même moment en garantie d'avances ou de droits dus sur les marchandises. Mais cette solution unique de la jurisprudence ne semble guère conciliable avec l'analyse rationnelle de l'opération, et elle a du reste été vivement critiquée. (V. Lyon-Caen, *Examen doctrinal de jurisprudence*, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1890 p. 534 et suiv.).

Nous venons de voir comment le commissionnaire se trouve garanti de son gage par le connaissement; il nous reste à étudier l'effet que produit, à cet égard, un titre de même nature : le récépissé. La compagnie de chemins de fer, ou d'une façon plus générale, le voiturier, auquel les marchandises sont remises, délivrent à l'expéditeur un récépissé qui constituera un titre contre lui. A son arrivée, la

marchandise doit, en principe, être remise au destinataire indiqué au voiturier par l'expéditeur, et cela sans que ce destinataire ait à présenter le récépissé délivré à l'expéditeur. Celui-ci, qui est seul en relations avec la compagnie, peut, du reste, faire changer en cours de route la destination de la marchandise. Ces principes rappelés, voici quelle sera la situation du commissionnaire et de quelle manière il pourra s'assurer la possession de la marchandise pour acquérir sur elle un droit de gage. Le commettant devra, d'abord, lui faire tenir le récépissé de la compagnie. Mais cette première mesure ne suffira point à créer, en faveur du commissionnaire, un droit privatif, puisque, — nous l'avons vu, — la délivrance de la marchandise n'est pas subordonnée à la présentation du récépissé : le commettant expéditeur a pu, en cours de route, indiquer à la compagnie un nouveau destinataire, auquel la marchandise devra être remise directement, sans qu'aucun récépissé lui soit demandé. Il faudra donc que le commissionnaire se fasse connaître au voiturier, lui présente son titre, et lui donne l'ordre de ne délivrer la marchandise qu'à lui ou à ses commis. — Nous avons supposé jusqu'ici que le commissionnaire était en même temps destinataire. Mais il peut se faire aussi que la marchandise ne lui ait pas été envoyée directement et qu'il ait cependant un privilège sur elle. C'est ce qui a lieu, par exemple,

quand la marchandise a été expédiée primitivement à un tiers, et qu'elle a été seulement adressée au commissionnaire pendant qu'elle était en route et par l'effet d'un changement imprévu à sa destination première. (Douai, 29 novembre 1843 ; 1844-2-145, D, P. 1844-2-109 ; Rouen 9 décembre 1847, S. 1848-2-201).

Nous n'insisterons pas davantage sur ces matières du connaissement et du récépissé, qui relèvent plutôt de l'étude du contrat de transport. Retenons seulement cette notion essentielle, en ce qui concerne le privilège du commissionnaire, qu'il y aura expédition, c'est-à-dire mise en possession fictive, quand le commissionnaire sera nanti du connaissement ou du récépissé des marchandises en route. « Le porteur du connaissement, dit Troplong, a le droit d'exiger que les marchandises lui soient délivrées, sans qu'il soit permis d'élever contre lui la question de propriété. Lui seul est consignataire légal, et c'est parce que le connaissement lui donne le droit exclusif de recevoir la marchandise, c'est parce que le connaissement est la seule pièce en vertu de laquelle la marchandise peut être délivrée, que la loi considère la possession du connaissement comme une saisine de la chose ». (*Du nantissement*, n° 323).

§ IV

Au profit de qui le privilège existe-t-il ?

Parmi les commissionnaires en marchandises, il y a des commissionnaires vendeurs et des commissionnaires acheteurs. Or, tout le monde s'accorde à reconnaître un privilège aux premiers ; mais on a parfois contesté le même droit aux seconds. Cependant, l'article 95, 1^{er} alinéa du code de commerce dispose d'une façon générale que tout commissionnaire a privilège sur la valeur des marchandises à lui expédiées, déposées, ou consignées. Il semble bien que la loi a compris à la fois le commissionnaire acheteur et le commissionnaire vendeur sous la désignation générale : « Tout commissionnaire. » Delamare et Le Poitvin tout en rejetant l'existence d'un privilège au profit du commissionnaire et en n'admettant en sa faveur qu'un droit de rétention, pensent que ce droit appartient à la fois au commissionnaire pour prendre, tirer, accepter, négocier, recouvrer des lettres de change, au commissionnaire pour assurer et à tous autres mandataires commerciaux, agents nécessaires au crédit et à la circulation commerciale ; nul d'entre eux ne voudrait faire les avances ou se constituer en frais sans un droit particulier sur les choses ou valeurs qui sont entre ses mains. (*Traité*

du contrat de commission T. VI n° 208 et suiv). Bravard et Demangeat, M. Ruben de Couder, MM. Lyon-Caen et Renault enseignent la même doctrine, et ils ont été suivis par la jurisprudence. La Cour d'appel de Paris a décidé notamment que les termes de l'article 95 du code de commerce ne permettent pas de distinguer entre le cas où la commission a pour objet de vendre et celui où elle a pour objet d'acheter. Dans l'un comme dans l'autre cas, le commissionnaire a privilège sur la valeur des marchandises qui sont en sa possession à titre de gage, sans préjudice du droit de rétention qu'il peut exercer sur elles. Dans un de ses considérants l'arrêt déclare que ce privilège doit être d'autant mieux accordé à celui qui a reçu commission d'acheter, qu'ayant plus d'avances à faire, il a droit à plus de garanties. (Paris 28 avril 1876 *Le droit* n° du 14 septembre 1876). Certains auteurs ont cependant contesté au commissionnaire acheteur le droit au privilège. Valin, dont ils se réclament ne parle il est vrai, que du vendeur, quand il s'occupe de ce privilège. De plus, l'ancien article 93 était ainsi conçu : « Tout commissionnaire qui a fait des avances sur des marchandises à lui expédiées d'une autre place pour être vendues... ». Ce texte semblait donc bien limiter le privilège au commissionnaire vendeur. Le nouvel article 95 suppose aussi des marchandises confiées au commissionnaire par le commettant, car il parle

de marchandises expédiées, consignées ou déposées. Or, la consignation, dit-on impliquant les marchandises confiées au commissionnaire par le commettant, ne peut exister qu'en faveur du commissionnaire vendeur. De plus, dans les travaux préparatoires de la loi de 1863 il est souvent question du commissionnaire vendeur, mais on n'a jamais parlé du commissionnaire acheteur. Enfin, le 4^e alinéa de l'article 95 ne fait allusion qu'au commissionnaire vendeur, car il dispose : « Si les marchandises ont été vendues pour le compte du commettant... » les partisans de ce système expliquent l'expression générale du commencement de l'article : « Tout commissionnaire », par ce fait que la loi a voulu se référer à la distinction contenue dans l'article 94, et traiter également le commissionnaire qui agit en son nom et celui qui agit au nom du commettant. Enfin, dit M. Boistel, et c'est là l'argument de fond, dans l'usage, le commissionnaire acheteur n'est pas mis en possession des marchandises qui sont expédiées directement au commettant par le tiers vendeur; par conséquent on ne peut pas dire que les usages impliquent ici la constitution d'un gage tacite, rien de pareil ne doit se supposer entre les parties; si par exception le commissionnaire a des marchandises en sa possession et s'il veut avoir un gage sur elles, il n'a qu'à le demander par lettre au commettant en même temps qu'il consent à lui faire des

avances. Depuis 1863 il n'y a pas d'autre formalité à remplir, mais s'il n'y a pas de convention expresse il faut dire que le commettant et ses créanciers seraient liés, car d'après les usages ils n'ont pas dû s'attendre à la constitution d'un privilège sur les marchandises achetées. (*Droit commercial* p. 366).

Malgré tous ces arguments et toutes ces objections, nous persistons à croire que le privilège existe aussi bien pour le cas d'achat que pour le cas de vente. Le texte de l'article 95 n'est en effet nullement défavorable au commissionnaire acheteur. Tout commissionnaire a privilège, c'est-à-dire le vendeur et l'acheteur, celui qui agit en son nom, et celui qui agit au nom du commettant. De plus, les expressions : consignées, déposées ou expédiées, qu'on nous oppose, peuvent aussi s'appliquer au commissionnaire acheteur. Si l'on parle de marchandises consignées ou déposées pour un vendeur, on peut parler de marchandises expédiées pour l'acheteur. Enfin, on ajoute qu'il ne peut être question de gage tacite, puisque, dans la commission d'achat, les marchandises ne sont pas mises à la disposition du commissionnaire mais passent du tiers vendeur au commettant. Il est certain que le privilège dont nous nous occupons, étant basé sur une constitution tacite de gage ne peut exister qu'autant que le commissionnaire acheteur a la marchandise à sa disposition. Lorsque les expéditions se font directement

du tiers vendeur au commettant, ainsi que l'usage commercial l'a admis, le privilège ne pourra exister ; mais lorsqu'elles passent par l'intermédiaire du commissionnaire, ce privilège produira certainement ses effets en faveur de celui-ci. Il y aurait d'ailleurs injustice comme nous l'avons dit plus haut, à traiter moins favorablement un commissionnaire vendeur qu'un autre. Le principe général qui doit être posé, c'est que le privilège existe dès l'instant où toutes les conditions des articles 92 et 95 ont été remplies, et quelque soit la nature de l'opération dont le commissionnaire est chargé.

Si le privilège existe pour toutes espèces de commissionnaires, est-il exclusivement attaché à la qualité de commissionnaire de profession, ou doit-on en faire profiter toute personne qui fait un acte de commission ? La jurisprudence n'exige pas la qualité de commissionnaire de profession. Elle ne fait aucune distinction et interprète très largement l'article 95. Un arrêt de la Cour de Cassation du 6 mai 1845 a décidé que le privilège accordé par l'article 93 du code de commerce, n'était pas exclusivement attaché à la qualité de commissionnaire, et qu'il appartenait aussi à tout bailleur de fonds prêtés sur un nantissement de marchandises, à la condition que le contrat ait eu lieu entre commerçants ou pour actes de commerce. (D. P. 1845-1-231). Mais la Cour de cassation n'a pas toujours persisté dans cette doc-

trine. Un nouvel arrêt du 13 janvier 1868 a décidé que le privilège créé par l'ancien article 93 code commerce (art. 95 nouveau) est exclusivement attaché à la qualité de commissionnaire et à la réunion des autres conditions prescrites par cet article, et qu'il ne saurait être invoqué par celui qui a prêté des fonds sur un nantissement de valeurs industrielles. (Cassation D. P. 1868-1-125). Cependant la jurisprudence paraît s'être formée dans un sens contraire. Nous citerons notamment deux arrêts, l'un de la cour de Rouen du 31 mars 1874 (D. 1876-2-171), l'autre de la chambre des requêtes du 14 juin 1877 (D. P. 1878-1-475), qui accordent le privilège à des personnes qui ne sont pas commissionnaires. Dans l'espèce soumise à la cour de Rouen, il s'agissait d'un agent chargé par le directeur gérant d'une association en participation, de diriger les opérations et de s'occuper de tous les intérêts de la société. La Cour déclara que, si cet agent avait été constitué consignataire des navires de la société dans un certain port, il était devenu par là créancier gagiste pour toutes les avances qu'il avait pu faire, et pouvait retenir une somme équivalente sur tous les recouvrements réalisés par lui, notamment sur le montant de l'assurance du navire qu'il aurait touché.

Quant à la chambre des requêtes. l'espèce qui lui était soumise concernait un banquier, qui avait avancé des fonds à un commerçant pour acheter des

marchandises, à condition que les marchandises seraient facturées à son nom, lui seraient expédiées directement, et resteraient à sa disposition exclusive jusqu'à leur livraison au consommateur. L'arrêt décida que ce banquier était placé à l'égard de son emprunteur dans la situation d'un commissionnaire, et, par suite, avait droit, sur le prix des marchandises vendues, au privilège institué par l'article 95 du code de commerce.

Il a été décidé, d'ailleurs, par un jugement récent, que le privilège du commissionnaire appartient à un entrepositaire qui reçoit des marchandises en consignment pour être vendues. (Trib. Seine 21 janvier 1888 D. *Jurisprudence générale*. Supplément au *Répertoire* V. *Commissionnaires* p. 761 n° 54 *in fine* n° 1). Attendu disait l'arrêt, que la demoiselle Menier a fait pour le compte de Durat des actes véritables de commission dans les termes du nouvel article 95 du code de commerce, et qui doivent comme tels bénéficier des conditions de cet article, qu'elle est en droit pour le remboursement de ces avances de revendiquer un privilège sur l'ensemble des marchandises qu'elle avait reçues en dépôt...

La loi a compris ici sous le nom de commissionnaire non seulement les commerçants qui exercent habituellement cette profession, mais encore tous ceux qui se trouvent faire momentanément un acte de commission. Cette solution nous paraît, d'ailleurs,

la plus juste et la plus conforme aux besoins du commerce, qui ne saurait prospérer sans garanties.

Néanmoins tous les auteurs n'ont pas été de cet avis. MM. Lyon-Caen et Renault estiment qu'il n'y a commission qu'autant que la personne chargée de l'affaire d'autrui a la qualité de commissionnaire de profession ou au moins celle de commerçant : « On ne saurait produire aucun motif, disent-ils, pour donner au mot commissionnaire dans l'article 95 une interprétation plus extensive que dans les autres dispositions du code ; tout au contraire, puisqu'il s'agit d'un article qui consacre un privilège. » (*Tr. de droit commercial* T. III n° 496).

Il ne s'est élevé aucune difficulté à propos du commettant, et tout le monde admet que le privilège existe, même si le commettant n'est pas commerçant.

Il n'y a pas non plus de différence à faire, au point de vue du privilège, entre le commissionnaire qui opère en son nom, et celui qui opère au nom du commettant. D'ailleurs l'article 95 est formel. « Tout commissionnaire... » c'est-à-dire celui qui agit en son nom et celui qui agit au nom du commettant. Cependant, on a parfois voulu refuser le privilège à celui qui agit au nom d'autrui. C'est d'ailleurs, l'opinion de ceux qui traitent en mandataire et non en commissionnaire, celui qui fait des opérations civiles ou commerciales au nom de son

mandant. Cette manière de voir est contraire au nouvel article 94, qui reconnaît au commissionnaire le droit d'agir au nom du commettant : « Le code de commerce, disent Delamare et Le Poitvin reconnaît deux sortes de commissionnaires ; les uns s'obligent personnellement envers ceux avec qui il traitent parce qu'ils agissent en leur propre nom pour le compte d'un commettant, lequel, fût-il connu ou même nommé, n'est point engagé avec les tierces personnes ; les autres dont les droits ainsi que les devoirs sont déterminés par le code Napoléon. (L. III T. XIII) et qui n'engagent pas leur propre responsabilité vis-à-vis des tiers parce qu'ils agissent seulement au nom du commettant. (*Traité du contrat de commission* T. II p. 39 et suiv.) Le commissionnaire agissant au nom du commettant a donc droit au privilège de l'article 95.

Le préposé ou le commis du commissionnaire n'a pas droit au privilège, car les privilèges sont de droit strict et ne doivent pas être étendus. Ce serait violer ouvertement la loi que d'étendre aux préposés la faveur du privilège. Ils ne pourraient avoir de recours que contre le commissionnaire, qui profitera seul de la garantie accordée par l'article 95.

§ V

De l'objet du privilège et des créances qu'il garantit

Le privilège prend naissance dès qu'il y a eu consignation, dépôt ou expédition. Naturellement, il peut porter sur des choses corporelles, sur les choses qui peuvent être mises dans le commerce ; mais il peut porter aussi sur des choses incorporelles (actions, obligations etc...) Par exemple, l'agent de change, qui joue le rôle de commissionnaire sur des meubles incorporels, jouira de cette garantie. Mais dans le cas spécial que nous étudions, il ne portera que sur des choses corporelles, puisque nous traitons spécialement du commissionnaire en marchandises. Le privilège existe, nous dit l'article 95 alinéa 1, pour les prêts, avances ou paiements faits par le commissionnaire, soit avant la réception des marchandises, soit pendant le temps qu'elles sont en sa possession.

Dans la créance privilégiée du commissionnaire sont compris, avec le principal, les intérêts, la commission et les frais. (Art. 95, 3^e alinéa).

Nous avons déjà expliqué plus haut ce qu'il fallait entendre par prêts, avances et paiements. Les prêts sont les sommes avancées par le commissionnaire au commettant sur la foi de l'expédition. Les avan-

ces comprennent tout ce qui a été fourni au commettant par anticipation sur la valeur des marchandises, en un mot, tout ce qui est sorti des mains du commissionnaire et a profité au commettant. Enfin les paiements sont des sommes payées à la décharge du commettant par le commissionnaire.

Si toutes ces créances sont considérées aujourd'hui comme privilégiées, il n'en était pas de même avant la loi de 1863 et plusieurs questions s'élevèrent sur le point de savoir à quelle époque les créances devaient être nées, et à quelles créances s'attachait le privilège. On se demandait si les créances, pour être privilégiées devaient avoir été faites postérieurement à l'époque où les marchandises avaient été mises à la disposition du commissionnaire. Notamment, les avances étaient réputées antérieures si elles avaient eu lieu avant l'arrivée des marchandises dans les magasins du commissionnaire et sur la remise d'une lettre de voiture ne renfermant pas les conditions prescrites par l'article 102. (Cassation 23 novembre 1850 S. 1850-1-769 ; D. P. 1854-5-124 ; Rouen 5 juillet 1853. Rec. Arrêts Caen et Rouen 1854-2-5 S. 1854-2-387 D. P. 1855-2-354).

Deux opinions étaient en présence. La première soutenait que le privilège existait même si les avances avaient été antérieures à l'expédition. Bravard-Veyrières partisan de cette doctrine s'élevait contre la Cour de cassation qui avait jugé en sens contraire,

en cassant un arrêt de la Cour de Lyon et un jugement du tribunal civil de Marseille. « Il me semble que ces deux corps judiciaires, dit-il, ces deux villes qui sont les deux villes de France et peut-être du monde où il se fait le plus d'opérations de commission étaient mieux placées que la Cour de cassation pour apprécier les exigences de ces opérations et pour interpréter la loi dans le sens le plus propre à les favoriser, c'est-à-dire dans le sens le plus conforme à l'esprit de la loi, car ce qu'elle a voulu, c'est encourager les avances en raison de ce qu'elles contribuent à faciliter et à multiplier les opérations commerciales ». (*Traité de droit commercial* T. II p. 297). D'un autre côté, si la théorie de la Cour de cassation avait été admise, les services que les commissionnaires sont appelés à rendre à leurs commettants en leur faisant des avances, auraient été fort amoindries. En effet, des avances qui ne seraient faites qu'après la réception des marchandises et la conclusion de l'affaire, favoriseraient beaucoup moins le commerce. Comment concilier cet état de choses avec les déclarations des auteurs du code de commerce, indiquant que les avances étaient destinées à faciliter les opérations commerciales. Malgré ces objections, le système qui refusait le privilège en cas d'antériorité des avances, rencontrait beaucoup plus de crédit, quoique tous les auteurs inclinassent vers une législation plus libé-

rale. « Si l'on s'en tient à la lettre de l'article 93, disaient Delamare et Le Poitvin, il semble que la loi n'entend parler que d'un connaissance ou d'une lettre de voiture déjà aux mains du commissionnaire qui fait des avances, et d'une expédition déjà réellement partie. Mais cet article n'est pas limitatif; il laisse aux juges le pouvoir de décider les questions imprévues selon l'intérêt du commerce et les règles de l'équité ». (*Traité du contrat de commission* T. II n° 410 *in fine*).

Quoiqu'il en soit, le système restrictif fut suivi par la jurisprudence. Nous citerons cependant un arrêt de la Cour de Paris décidant qu'il existe un privilège en faveur du commissionnaire, à raison des avances par lui faites sur des marchandises dont l'expédition lui est annoncée, alors même qu'au moment des avances, et avant l'arrivée des marchandises, il n'était pas encore nanti du connaissance ou de la lettre de voiture. Il suffit, d'après cet arrêt, pour que le commissionnaire obtienne un privilège, qu'il justifie ultérieurement, par le connaissance ou la lettre de voiture, que les marchandises étaient bien en cours d'expédition au moment des avances. (Paris 18 novembre 1848, S. 1849-2-1. Mais en général, la jurisprudence, dans un grand nombre d'espèces, affirmait le principe contraire. Elle déclarait que le privilège accordé au commissionnaire à raison des avances par lui faites sur des

marchandises dont l'expédition lui est annoncée, n'existe qu'autant qu'il se trouve nanti du connaissance au moment des avances; et qu'il ne suffit pas que le connaissance lui ait été remis postérieurement. (Cassation 15 déc. 1856, S. 1858-1-801 ; Nîmes 7 juin 1843, S. 1849-2-1 ; Douai 29 novembre 1843, S. 1844-2-145 ; D. P. 1845-2-109 ; Grenoble 13 août 1848, S. 1849-2-358 ; D. P. 1849-2-182 ; Cassation 13 novembre 1850, S. 1850-1-969 ; idem 6 décembre 1852, S. 1853-1-612, D. 1853-1-187 ; id. 14 mars 1855, S. 1855-1-171, D. 1855-1-180).

Il n'y a plus à se préoccuper maintenant comme avant la loi de 1863 de savoir si les créances sont ou non antérieures à l'expédition ou à la remise des marchandises. Car, les marchandises envoyées à une date déterminée, peuvent devenir la garantie d'avances antérieures. Si les avances sont faites soit avant la livraison, l'expédition ou la consignation des marchandises, elles seront privilégiées pourvu qu'elles aient été consenties en vue et en considération du gage qui devait être ultérieurement reçu par le commissionnaire. (Cassation 24 décembre 1895, D. P. 1896-1-237 ; V. en ce sens Rouen 14 février 1867, *Journal des tribunaux de commerce* 1868 p. 344, S. 67-2-321, D. 1868-2-13 ; Rouen 31 mars 1874, D. P. 1876-2-71 ; Rouen 1^{er} août 1892, *Rec. Arrêts Caen et Rouen* 1892-2-229 ; id. 25 février 1893, *Rec. id.* 1893-2-132).

La controverse qui existait au sujet de l'époque à laquelle les avances devaient avoir été faites se reproduisaient quand il s'agissait de déterminer la nature des avances donnant droit au privilège. On avait mis en doute que le droit de commission fût privilégié et on citait à l'appui de cette théorie l'article 93 : « Tout commissionnaire qui a fait des avances de marchandises... » Il en résultait, disait-on, que les créances du commissionnaire contre le commettant n'étaient pas toutes privilégiées. Étaient seulement considérées comme telles, celles qui constituaient des avances, et des avances faites sur des marchandises. Le commissionnaire n'aura pas de privilège pour son droit de commission, dit Bravard-Veyrières, car ce droit n'est point dû à raison d'une avance faite par lui. (*Traité de droit commercial* T. II p. 299).

La question n'est plus discutable aujourd'hui, car l'article 95 nous dit formellement : « Dans la créance privilégiée du commissionnaire sont compris avec le principal, les intérêts, commission et frais ». On se demandait aussi, avant la loi de 1863, si le privilège s'appliquait à toutes les sommes avancées depuis la consignation, à quelques opérations qu'elles fussent afférentes, ou s'il se bornait à celles qui avaient été données à l'occasion de l'opération qui avait motivé la consignation. Certains auteurs soutenaient que toutes les sommes déboursées par le

commissionnaire pour le commettant n'étaient pas geranties par un privilège, mais seulement celles déboursées en vue des marchandises qui devaient lui servir à en assurer le paiement. Pour ces auteurs, il fallait en d'autres termes qu'il se fut fié à la chose et non à la personne. Divers arrêts s'étaient aussi prononcés pour la spécialité de l'avance. Mais la Cour de cassation décida que toutes les sommes, tous les objets, toutes les valeurs quelconques qui sortent des mains du commissionnaire et profitent au commettant sont compris sous le terme générique d'avances. (Cassation 23 juillet 1830-1-287. 29 août 1833 S. 1833-1-431 D. 1833-1-204). La jurisprudence donnait plus ou moins d'étendue au terme : avances : (V. notamment dans le sens restrictif, Bordeaux 22 décembre 1847 S. 1848-2-228 et dans le sens contraire Toulouse 25 novembre 1833 D. 1833-2-30). Enfin la Cour de cassation se déjugea elle-même. (V. cassation 14 mars 1855 D. 1855-1-180). La jurisprudence n'était donc pas fixée sur la question et le commerce souffrait de cet état de choses ; les commissionnaires refusaient de faire des avances puisqu'on ne leur en garantissait pas le remboursement d'une façon efficace. Aussi la loi de 1863 fut-elle accueillie partout avec une grande faveur.

Le nouvel article 95 admet le privilège pour tous les prêts, les avances, le droit de commission, les

paiements faits soit avant la réception des marchandises, soit pendant le temps qu'elles sont en la possession du commissionnaire. On atteint ainsi le but que l'on s'était proposé : rassurer les commissionnaires et sauvegarder en même temps la prospérité du commerce. L'exposé des motifs de la loi de 1863 mettait bien ce point en lumière : « Pour apprécier l'importance de cette question il faut se rendre compte de la pratique suivie dans le commerce de commission. Entre le commettant et le commissionnaire, il existe souvent un mouvement d'avances proportionné à l'ensemble des marchandises envoyées, sans qu'aucune avance s'applique jamais à un envoi déterminé. Il faut, pour que le commissionnaire procède avec sécurité, que la marchandise envoyée aujourd'hui puisse couvrir le solde des avances faites hier. S'il en était autrement, le commerce de commission tel qu'il se pratique au grand avantage de l'industrie et du commerce deviendrait impossible : Le commissionnaire devait procéder par opérations séparées et distinctes, attendre pour faire des avances que la marchandise fût en sa possession, régler et solder son compte après chaque opération, et attendre pour faire de nouvelles avances qu'il fût nanti de nouvelles expéditions. Les affaires en souffriraient un grand retard. Il est donc utile et nécessaire que le commissionnaire ait privilège sur les marchandises qui lui sont

expédiées, déposées ou consignées, par le seul fait de l'expédition, du dépôt ou de la consignation, aussi bien pour les avances antérieures à la mise en possession que pour celles qui sont postérieures. Dans ce cas, il n'hésite pas à continuer ses avances et à courir le risque de rester momentanément à découvert. Il faut remarquer d'ailleurs que le péril pour les tiers est nul, car au moment où le commissionnaire invoquera contre eux le privilège, il faudra bien toujours qu'il établisse que l'avance a été réellement faite, que les marchandises sur lesquelles il entend exercer son droit ont été mises en sa possession, qu'elles l'ont été à une époque où le commettant pouvait en disposer valablement. » (Loi du 23-29 mai 1863. *Exposé des motifs et rapports*. D. P. 1863-4-75 n° 16).

Ainsi le système actuel est très net. Le commissionnaire a droit à son privilège toutes les fois que les avances ont été faites en vue des marchandises et pour tout ce qui a rapport directement ou indirectement à l'affaire qui lui est confiée.

§ VI

Des effets du privilège et de son rang

Les privilèges, en général, créent un droit de préférence en faveur du créancier privilégié par rapport

aux autres créanciers sur la chose privilégiée. C'est ce qui a lieu ici : Le commissionnaire prime tout le monde sur le prix de la marchandise.

Si le commissionnaire a vendu les marchandises, et en a touché le prix il peut se payer lui-même. Il compensera ce qu'il doit au commettant, avec la somme que celui-ci lui doit. Ce droit lui avait été reconnu déjà avant la loi de 1869 : « Si les marchandises ont été vendues et livrées pour le compte du commettant, le commissionnaire se rembourse sur le produit de la vente, du montant de ses avances, intérêts et frais par préférence aux créanciers du commettant : » (ancien article 94).

Le commissionnaire peut procéder à la vente sans passer par les formalités imposées au créancier gagiste. A défaut de paiement à l'échéance, il peut faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage, huit jours après une simple signification faite au débiteur, et au tiers bailleur du gage, s'il y en a un. (V. en ce sens Marseille 7 novembre 1892 *Gazette du Palais* 1893-1 — supplément p. 25). « Cette vente doit être faite par un officier public, qui observera à peine de nullité les dispositions de la loi du 28 mai 1858 sur les ventes publiques. La situation du commissionnaire est analogue à celle de l'huissier, qui ayant fait une vente de meubles sur saisie, déduit ses frais du prix qu'il doit consigner. (Lyon-Caen et Renault *Traité du contrat de*

commission T. III p. 360 note 2). Pas de difficulté jusqu'ici. Mais si les marchandises ne sont pas encore vendues, et que le commissionnaire veuille se faire payer de ses avances, pourra-t-il faire vendre les marchandises sans formalités judiciaires? On a soutenu la négative. L'article 2078 du code civil dépend, en effet, au créancier de disposer du gage à défaut de paiement, sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement jusqu'à due concurrence, et après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. Toute clause ajoute le même article, qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle. Cet article 2078, dit-on, est applicable aussi bien en matière commerciale qu'en matière civile, il est la loi générale en cas de vente du gage, et il doit par conséquent s'appliquer au regard du commissionnaire.

On peut répondre à cela que le créancier gagiste et le commissionnaire ne doivent point être traités de même au point de vue du privilège. L'un est vu par le code avec plus de faveur que l'autre. Le privilège du créancier gagiste est purement conventionnel. Il est vu défavorablement par la loi, car le législateur craint que le créancier qui fait la loi au débiteur et souvent la lui fait dans des conditions très dures, ne s'approprie à vil prix les objets qui lui sont remis en gage. On ne peut tenir le même raisonnement en ce

qui concerne le commissionnaire. « En effet, son privilège a une cause toute différente; le commissionnaire se trouve avec le commettant dans de toutes autres relations que le créancier gagiste avec le débiteur. Cette simple observation suffirait pour écarter l'application que l'on veut faire de l'article 2078 aux commissionnaires ». (Bravard-Veyrières et Demangeat *T. de droit commercial* T. II p. 302).

On a soutenu que cette doctrine est évidemment contraire au principe selon lequel les dispositions du code civil s'appliquent en matière commerciale toutes les fois qu'il n'y est pas dérogé. Il semble cependant que la théorie de Bravard doit être prise en considération. Si le commissionnaire a opéré la vente des marchandises consignées il peut en toucher le prix sans formalités spéciales; il n'y a donc aucune raison pour qu'il en soit autrement quand il n'a pas encore vendu les marchandises. On peut dire qu'en décidant pour le premier cas l'article 94 ancien tranchait implicitement la difficulté pour le second. Enfin, en matière commerciale, pas besoin de recourir à la vente aux enchères ni à l'estimation des experts pour fixer le véritable prix des marchandises; on n'a qu'à consulter le cours. Ce mode de vérification qui n'entraîne pas de frais, serait le seul qui devrait s'appliquer, à l'exclusion des formalités judiciaires, lorsque les marchandises ne sont pas encore vendues et que le

commissionnaire veut se faire payer de ses avances. Mais le code en a décidé autrement, et le nouvel article 93 est formel : « A défaut de paiement à l'échéance, le créancier peut huit jours après une simple signification faite au débiteur, procéder à la vente publique du gage. Est nulle toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités prescrites ». La Cour de Paris dans son audience du 18 avril 1889 a déclaré nulle toute clause autorisant le commissionnaire à s'approprier le gage ou à en disposer sans l'observation des formalités prescrites par la loi (*V. La Loi* du 15 avril 1889 n° du 6-7 mai 1889; Toulouse 21 juillet 1872; Paris 8 mars 1873; Aix 25 mars 1874 D. 1873-2-231 — D. 1874-2-70 — D. 1875-2-123). Ainsi lorsque le commissionnaire n'a pas été chargé de vendre, ou qu'en ayant été chargé, il ne trouve pas d'acheteur à l'amiable dans les conditions fixées par le commettant, il ne peut procéder à la vente des marchandises, qu'en se conformant à l'article 93, et après sommation faite huit jours à l'avance au commettant. Mais, si le commettant demeurerait trop loin, et qu'il pût résulter de la signification des lenteurs préjudiciables, par exemple, parce que le cours des marchandises serait enclin à baisser, le commissionnaire pourrait obtenir, par voie de requête, l'autorisation de justice de procéder à la vente, afin de ne pas être exposé à voir son

gage s'évanouir. Cette coutume n'a pas été érigée en loi, et aucun article ne la consacre, mais on peut dire qu'elle est conforme aux besoins du commerce, parce qu'elle garantit le commissionnaire contre un préjudice grave. Celui-ci est alors considéré comme un gérant d'affaires, agissant dans l'intérêt du commettant. C'est un point admis par tout le monde. « Le mode de procéder n'est, on en convient, tracé par aucune loi, et en général toute procédure doit être contradictoire. Mais tel est l'usage. La célérité nécessaire aux affaires commerciales est quelquefois incompatible avec les délais et les lenteurs d'une instance régulière ». (Delamare et Le Poitvin. *Traité du contrat de commission* T. II n° 188).

Cependant Alauzet fait une distinction : « Si la dépréciation provient d'un cas fortuit, dit-il, qui n'a pu être prévu, nous croyons que le tribunal devrait accorder l'autorisation demandée, mais si cette détérioration provient du vice propre de la chose, le commissionnaire subit la conséquence d'un état de choses volontairement accepté par lui, et il ne peut obtenir que la convention intervenue soit modifiée. » (*Commentaire du code de commerce* T. II n° 868). La jurisprudence s'est prononcée dans le même sens. La cour de Nîmes a permis au commissionnaire qui a fait des avances sur des marchandises à lui consignées pour être vendues moyennant un prix déterminé, de se faire autoriser par le juge, sur simple requête, à

vendre les marchandises au prix courant, s'il ne trouve pas à réaliser cette vente au prix indiqué, et s'il y a péril en la demeure pour la conservation de la chose; et elle a décidé qu'il ne serait pas tenu d'assigner dans les formes ordinaires l'expéditeur domicilié dans un lieu éloigné, afin d'obtenir cette autorisation contrairement avec lui. (Nîmes 25 novembre 1850 D. 1851-2-80).

La jurisprudence relative à cette question est d'autant plus remarquable, qu'elle s'est formée dès avant la loi de 1863, à une époque où la vente du gage n'était possible, en matière commerciale, que sous l'obligation de remplir les conditions indiquées dans l'article 2078 du code civil.

Le commettant peut faire procéder lui-même à la vente des marchandises, mais le commissionnaire n'est pas pour cela désaisi de son privilège, et on ne saurait l'en dépouiller en faisant procéder directement à la vente, car il se ferait payer le prix des marchandises en formant une saisie-arrêt entre les mains de l'acheteur. Il a même été admis que le commettant qui n'a aucune faute ou négligence à imputer à son commissionnaire, n'a pas le droit de vendre lui-même les marchandises sans l'autorisation de celui-ci, et doit lui en laisser le prix en caisse et le dédommager s'il a eu à souffrir de ce mode de vente.

Le commissionnaire qui a vendu une partie des

marchandises de son commettant au-dessous du prix fixé, ne perd pas pour cela son privilège, en ce sens qu'il peut exiger du commettant la vente du reste des marchandises, pour se rembourser de ses frais et avances, pourvu toutefois qu'il n'ait pas commis de faute dans l'exécution de sa commission.

Le privilège du commissionnaire peut se trouver en conflit avec tous ceux du code civil mentionnés dans les articles 2101 et 2102, ou avec ceux des douanes, des contributions indirectes, etc... Quel degré de faveur mérite-t-il, et, par suite, quelle place occupe-t-il parmi ces privilèges? La loi n'a pas résolu cette question; dans le silence des textes, nous devons appliquer les principes généraux en matière de classement des privilèges.

Et d'abord, de quelle nature est le privilège du commissionnaire? Le mandataire qui a fait des avances sur une marchandise a droit à une garantie de même nature que celle du créancier qui a reçu de son débiteur la possession d'une chose remise pour la sûreté de sa créance. La situation de ces deux commissionnaires est analogue. L'un a les marchandises en gage, l'autre une chose dont s'est désaisi le débiteur. Le privilège du commissionnaire et celui du créancier gagiste ayant la même nature, il n'y a donc pas de préférence à donner à l'un vis-à-vis de l'autre. C'est l'opinion admise par la jurisprudence. La Cour de Rouen, devant laquelle un

arrêt de la Cour de Caen fut renvoyé après cassation, décida que le privilège accordé par l'article 95 du code de commerce aux commissionnaires qui ont fait des avances à leurs commettants est du même ordre que celui concédé à tous autres créanciers gagistes. La Cour de Caen avait décidé, au contraire, que le commissionnaire avait le droit d'exercer son privilège à l'exclusion de toute autre personne. (Trib. com. Honfleur 29 juin 1889; Caen 6 juin 1882, *Journ. trib. com.* 1882 p. 713; Rouen 22 juillet 1886, *Rec. arrêts Caen et Rouen* 1887-2-38; Cassation 12 mai 1885, S. 1886-1-473, D. P. 1885-1-185).

Nous classerons le privilège du commissionnaire au même rang que celui du créancier gagiste. Ce sont deux privilèges spéciaux sur les meubles. Ils auront le pas sur le privilège du conservateur de la chose et du vendeur lorsqu'ils seront en concours avec eux. Lorsque le concours s'établira entre des privilèges généraux et des privilèges spéciaux, le privilège du commissionnaire viendra après les frais de justice, mais primera les autres privilèges généraux ainsi que les deux privilèges spéciaux précédemment énumérés. Cependant, un doute s'est élevé en ce qui concerne le concours du commissionnaire et du vendeur de marchandises non payé par le commettant, celui-ci réclamait la préférence, en alléguant que le commissionnaire avait seulement

reçu la marchandise d'une personne qui n'en avait pas la propriété. Mais l'intérêt du commerce exigeant que le commissionnaire soit garanti de toute perte, on doit le préférer au vendeur. Pouvait-il en être autrement, le commissionnaire ne prête que sous la garantie de la possession effective de la chose. Or le transfert de cette possession n'a pu se faire que parce que le vendeur avait mis la marchandise aux mains de l'acheteur. « Il a suivi, dit Bédarride, la foi de ce dernier tandis que le commissionnaire n'avait confiance qu'en la chose qu'il devait supposer appartenir au commettant. Il n'y avait pas à hésiter. La solution consacrée fait la juste part de la prudence de l'un, de la légèreté de l'autre ». (*Des commissionnaires* n° 216).

Casaregis enseignait déjà la même doctrine et disait se conformer en cela à l'opinion de tous les docteurs et à l'usage commercial de son temps. (Disc. 147 n° 18).

La jurisprudence a consacré cette théorie, et, dès le commencement du siècle, depuis 1818, la question n'a pas cessé d'être uniformément résolue dans le même sens. La Cour de Douai avait décidé notamment que le vendeur revendiquant les marchandises à la suite de la faillite de l'acheteur, à qui les avances ont été faites, ne serait pas fondé à arguer de l'événement de la faillite pour faire rejeter le privilège du commissionnaire. (Douai 29

novembre 1843. S. 1844-2-145 etc...) Plus récemment, la Cour de cassation persévérant dans la même doctrine, donnait la préférence au privilège de l'article 95. L'arrêt déclarait que le privilège du commissionnaire, fondé sur la possession et sur un droit de gage, doit primer tout autre droit de préférence, et notamment celui des vendeurs d'objets mobiliers. (Trib. civ. Seine 21 janvier 1888, *Le Droit* n^{os} des 13 et 14 février 1888). Le vendeur ne peut exercer la revendication qu'à charge de rembourser ses avances au commissionnaire.

CHAPITRE II

DU DROIT DE RÉTENTION ET DE LA REVENDICATION

1°

Du droit de rétention

Le commissionnaire privilégié pour le paiement de ses créances contre le commettant, pourrait se trouver désarmé, si la condition principale de cette garantie venait à manquer. Nous savons en effet que le privilège ne subsiste qu'autant que le créancier ne s'est pas dessaisi des marchandises sur lesquelles il porte. Le commissionnaire ne peut exercer le privilège que lui accorde l'article 95 du code de commerce que sur le prix des marchandises mêmes à raison desquelles il a fait des avances. Il perd ses droits s'il s'est dessaisi de ses marchandises, alors même qu'on leur en substituerait d'autres. (Trib. com. Seine 12 janvier 1898, V. *Gazette du Palais* 1898-1-403). Les marchandises seront donc spécialement affectées à sa garantie.

Pour éviter le dessaisissement, le commissionnaire

aura le droit de les retenir envers et contre tous, tant qu'il n'aura pas été payé. Ce droit pourrait paraître superflu, en présence de la faculté de vendre laissée au commissionnaire. En effet, peut-on dire, si le commissionnaire n'est pas payé, il pourra se faire rembourser par un moyen bien simple en vendant la marchandise. Mais, s'il lui est impossible d'atteindre le prix fixé par son commettant, ou encore si ce dernier lui adresse un contre-ordre, ou bien use à son égard du droit de révocation, tout espoir d'être payé sur le prix sera perdu pour lui. On comprend donc l'utilité spéciale du droit de rétention. Ce sera la dernière garantie restant au commissionnaire, garantie qui lui permettra de ne restituer la marchandise que contre le remboursement intégral de ce qui lui est dû.

Quoique aucun texte ne reconnaisse au commissionnaire le droit de rétention, il doit cependant lui être accordé. « Ce droit existe, disent MM. Lyon-Caen et Renault, même dans le silence de la loi, toutes les fois qu'une personne a la détention d'une chose à raison de laquelle elle est créancière, ou même si l'on restreint avec quelques auteurs l'admission du droit de rétention au cas où la détention se rattache à une convention ou à un quasi contrat ». (*Précis de droit commercial* T. III n° 498 et suiv.). M. Guillouard dans son *Traité du droit de rétention* p. 301 *in fine* s'exprime ainsi : « Le droit

de rétention est essentiellement fondé sur l'équité : celui qui est devenu créancier à l'occasion de la chose d'autrui qu'il détient a compté sur la garantie que cette possession lui offre pour obtenir son paiement, et il est injuste qu'il puisse en être privé sans recevoir ce paiement. C'est cette idée d'équité qui avait inspiré les jurisconsultes romains, et leur avait fait donner l'exception de *dol* au créancier : C'est elle qui est encore la base du droit de rétention dans la législation actuelle. »

Le droit de rétention est un droit réel, indivisible, accessoire, en vertu duquel le commissionnaire peut conserver la possession d'un bien appartenant au commettant jusqu'au paiement intégral de sa créance. Droit réel, il est naturellement opposable aux tiers. Pour avoir droit à cette faveur, il faut que le commissionnaire ait fait des avances sur la marchandise, qu'il soit en un mot créancier de la personne dont il tient l'objet qu'il prétend retenir. Mais, cette condition réalisée, le droit de rétention existera de plein droit, dès que le commissionnaire aura fait une dépense directement afférente aux marchandises qu'il veut retenir.

Presque tous les auteurs, ainsi que nous l'avons vu, ont reconnu l'existence de ce droit et l'ont trouvé nécessaire à la protection du contrat de commission. « Le droit de retenir la marchandise jusqu'à parfait paiement de toutes ses dépenses, qui presque toutes

en augmentent la valeur et qui toutes s'incorporent avec elles, a quelque chose de si naturel que l'homme le plus borné en comprend la raison et en sent la justice ». (Delamare et Le Poitvin. *Traité du contrat de commission* T. II n° 385).

La jurisprudence s'est montrée aussi favorable au droit de rétention que la doctrine. Un arrêt de la Cour de Paris (1^{re} chambre 28 avril 1876) déclare que le commissionnaire acheteur ou vendeur a un privilège, dans le cas de faillite du commissionnaire, sur la valeur des marchandises qui sont en sa possession à titre de gage, sans préjudice du droit de rétention qu'il peut exercer sur elles comme légalement subrogé aux droits du vendeur envers lequel il est tenu pour ou avec son commettant. (*Journ. trib. com.* 1878 p. 523. Voir même sens Metz 23 juin 1857, S. 1858-2-328; Paris 28 février 1857, S. 1857-2-387; Paris 24 juin 1869 D. 1870-2-12; Cassation 6 avril 1875 D. 1875-1-354.)

Lorsque le commettant réclamera au commissionnaire les marchandises consignées ou déposées sans avoir remboursé les frais et avances, celui-ci aura le droit de retenir les marchandises.

Mais si le commissionnaire possède le droit de rétention comme garantie de son remboursement, sera-t-il réduit à attendre le bon plaisir de son débiteur, qui ne pouvant ou ne voulant pas payer, lui laissera peut-être la marchandise dont il est

nanti ? Admettre l'affirmative serait méconnaître l'intérêt du commissionnaire qui resterait ainsi en possession d'objets dont il ne pourrait tirer profit. Aussi la loi lui a-t-elle permis, en cas de résistance du commettant, de poursuivre le remboursement de ses avances en opérant lui-même la vente. Il devra naturellement se conformer aux formalités employées pour les ventes publiques. Il pourra ainsi arriver au complet remboursement de la somme qui lui est due. L'arrêt du 28 avril 1876, que nous venons de citer, lui confère ce droit et l'autorise à vendre, pour assurer l'existence de son privilège, la marchandise qui forme son gage.

Une autre question non moins intéressante est celle de savoir si le commissionnaire, quand il autorise le commettant à réaliser la vente, perd la possession, et par là même le droit de rétention ? Il est certain que, s'il a livré la marchandise vendue par le commettant, il n'a plus de droit de rétention ; il lui faudrait, après la livraison, revendiquer les marchandises, ce que l'on ne peut admettre. Mais il peut, tout en autorisant le commettant à vendre lui-même, ne pas délivrer les marchandises, ni se dessaisir de leur possession. Il s'engagera seulement à les livrer après la vente, au moment du paiement, car nul n'est censé vouloir agir contre ses propres intérêts. Ce moyen a

pour but de substituer le tiers acheteur au commettant vendeur.

Si le commettant est peu solvable le commissionnaire n'aura qu'à refuser l'opération ; le commettant, en cas d'insolvabilité du tiers, se trouve responsable vis-à-vis de son mandataire. Mais le commettant, quand il n'a pas payé les frais faits par le commissionnaire, n'a pas le droit de disposer des marchandises sans son consentement. Le commissionnaire les retiendrait alors à l'encontre du tiers acheteur auquel le commettant les aurait vendues, et qui voudrait en obtenir la livraison, car le droit de rétention est opposable aux tiers. Un arrêt de la Cour de Paris du 20 juin 1869 décide qu'en cas de vente amiable, le commissionnaire peut refuser la délivrance des marchandises déposées dans ses magasins jusqu'après le remboursement intégral de sa créance sur le commettant. (S. 1869-2-902, D. P. 1870-2-11). D'après un arrêt plus récent rendu par la Cour de Rouen et déjà cité, le droit de rétention ne serait opposable qu'au commettant seul et non au tiers. Il ne peut en être ainsi, car ce serait complètement annihiler le droit de rétention et lui ôter toute raison d'être. On peut se demander quelle serait alors l'utilité pratique du droit de rétention. « Si le commettant pouvait en traitant avec des tiers enlever au commissionnaire la possession, il faudrait dire que le contrat de commission n'est qu'une pure

fiction au point de vue du privilège et en quelque sorte un piège tendu à la bonne foi. Or le droit de rétention sous peine de n'être qu'un vain mot doit produire des effets utiles, même et nous dirions volontiers surtout vis-à-vis des tiers.

Jusqu'ici, nous n'avons parlé que du commissionnaire vendeur : le commissionnaire acheteur peut aussi refuser de livrer les marchandises à son commettant sans être remboursé de ce qui lui est dû, mais il faut pour cela qu'il détienne la chose. Or le commissionnaire aura la possession des marchandises, en prenant la précaution de rédiger les connaissements à son ordre ; la remise ne devra en être faite qu'à lui ou à ses représentants. (V. en ce sens cassation 18 avril 1843 S. 1843-1-526).

2°

De la revendication

Le commissionnaire acheteur perd son droit de rétention, s'il n'a pas pris les précautions énumérées plus haut. S'il a expédié, par exemple, les marchandises à son commettant et qu'elles soient entrées dans les magasins de celui-ci, il ne pourra plus avoir la possession. Or le droit de rétention suppose la possession, et il doit disparaître. Mais, tant que les marchandises ne sont pas entrées dans les magasins

du commettant, on se demande si le commissionnaire peut exercer la revendication que lui accorde le code de commerce. L'article 576 de ce code, au titre de la faillite s'exprime ainsi : « Pourront être revendiquées les marchandises expédiées au failli, tant que la tradition n'en aura point été effectuée dans ces magasins ou dans ceux du commissionnaire chargés de les vendre pour le compte du failli. »

Tous les auteurs qui ont écrit sur la commission ont reconnu le droit de revendication au commissionnaire. Pardessus pose en principe que ce dernier est subrogé au tiers vendeur chaque fois qu'il a acquitté un engagement pour le commettant. (V. en ce sens *Cours de droit commercial* T. II n° 564).

Le commissionnaire tient donc la faculté de revendication, non d'un droit de propriété qu'il ne saurait avoir, mais d'une subrogation légale aux droits du tiers vendeur. Delamare et Le Poitvin admettent aussi la revendication du commissionnaire, et se fondent, pour la justifier, sur les usages du commerce. « Il faut chercher ailleurs, disent-ils, que dans les principes du droit, l'origine de la faculté donnée au commissionnaire de revendiquer la marchandise non encore entrée dans les magasins du failli : Cette faculté ne se déduit pas davantage de l'article 1251 du code civil inutilement invoqué pour lui faire dire ce qu'il ne dit point, ce qu'il n'a

pu dire. Plusieurs dispositions de ce code réservent d'une manière générale les usages du commerce. La revendication du commissionnaire au cas dont il s'agit est un usage introduit, (*utilitatis causa*). Cet usage est antique, constant, universel, consacré par la jurisprudence. » (*Traité du contrat de commission* T. II n° 595).

Malgré l'opinion de ces éminents auteurs, la doctrine de la revendication a été sérieusement discutée. Certains ont voulu réserver exclusivement cette faveur au vendeur non payé. Cette faculté ne peut appartenir, dit-on, au commissionnaire, car il achète pour le compte d'autrui, et n'a jamais eu la propriété des choses achetées par lui. De plus l'article 1251 ne lui est pas applicable. Cet article, dans son paragraphe 3, dit que la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui, qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter. Mais le commissionnaire ne peut être subrogé aux droits du tiers vendeur, par cette raison que ce dernier n'en a jamais eu. En effet, le commissionnaire était seul tenu de la dette du prix envers le vendeur. Ce dernier ne connaît pas le commettant avec qui il n'a jamais eu affaire. L'article 1251 n'est pas applicable puisqu'il n'y a qu'un seul obligé : le commissionnaire, et que, par conséquent, il ne peut être question de subrogation.

Cette opinion soutenue par M. Boistel avait été réfutée antérieurement par Delamare et Le Poitvin. Ces auteurs ne reconnaissaient pas l'article 1251 comme point de départ de la revendication. Cet article se référait uniquement à l'espèce d'un créancier envers lequel deux ou plusieurs sont engagés solidairement ou tenus subsidiairement les uns pour les autres : « Son application ne peut donc jamais avoir lieu que le créancier n'ait au moins deux obligés, Or dans l'espèce qui suppose un commissionnaire achetant en son propre nom, le vendeur n'a pour obligé que le commissionnaire qui n'a engagé que lui seul ». (*Traité du contrat de commission* T. II n° 395). Nous pouvons répondre à cette objection que l'article 1251, 3^e alinéa, parle de celui qui est tenu avec d'autres ou pour d'autres, d'où deux cas. Pas de difficulté au sujet du premier. C'est le cas du débiteur solidaire. Quant au second, quelqu'un sera tenu pour d'autres lorsqu'il se sera engagé comme débiteur agissant pour le compte d'autrui; qu'importe alors que le commissionnaire ne soit pas tenu avec d'autres, puisqu'il l'est pour un autre? C'est là la situation du commissionnaire agissant en son nom, d'ordre et pour le compte d'autrui. Sans doute, il s'est engagé directement, mais il ne l'a fait que dans l'intérêt de son commettant?

M. Boistel prétend d'un autre côté qu'il ne peut

être subrogé aux droits du tiers vendeur par la raison très simple que ce dernier n'en a jamais eu contre le commettant, n'ayant suivi que la foi du commissionnaire. Mais dès l'instant où le tiers contractant a été payé par le commissionnaire et que son intérêt est hors de cause, les choses doivent se passer comme si l'opération avait été faite entre lui et le commettant. Or, lorsque le commissionnaire agit en son nom pour le compte d'un commettant, c'est en sa personne que se produisent, en principe, l'effet des opérations. C'est lui qui devient le créancier ou le débiteur du tiers, tout comme s'il avait opéré pour son compte. Il peut de ce chef réclamer au commettant le remboursement du prix. En effet, le commissionnaire qui paie le prix, acquitte une dette dont il est tenu pour le commettant. C'est donc le cas d'appliquer l'article 1251 3^e alinéa qui accorde la subrogation légale au profit de celui qui étant tenu pour d'autres au paiement de la dette avait intérêt de l'acquitter.

La jurisprudence est conforme à l'avis de la majorité des auteurs. La Cour de Rouen déclarait, dès 1825, que le commissionnaire en acquittant le prix avait été subrogé de plein droit au lieu et place du vendeur. (Rouen 4 janvier 1825 D. 1825-2-132). Depuis cette époque la jurisprudence a toujours persévéré dans la même doctrine. Elle a reconnu au commissionnaire le droit de revendiquer la mar-

chandise lorsqu'elle n'est plus en sa possession et qu'elle n'est pas encore arrivée dans les magasins du commettant, en le considérant comme subrogé aux droits du vendeur qu'il a payés. (V. en ce sens Aix 2 février 1897 *P. françaises* 1897-2-180).

Mais la subrogation n'existerait pas dans le cas où le commissionnaire aurait acheté au nom du commettant, car la personnalité du commissionnaire n'existerait plus. Dans ce cas, c'est le commettant, qui, agissant par la personne de son mandataire, a seul contracté et est seul responsable du paiement. L'article 1251 ne peut s'appliquer ici, car, le commettant se trouvant seul obligé, le commissionnaire n'est tenu ni avec d'autres, ni pour d'autres.

En résumé, le droit de revendication s'applique au commissionnaire acheteur agissant en son nom et pour autrui.

CHAPITRE III

DE LA SOLIDARITÉ DES COMMETTANTS

Le commissionnaire trouve une dernière garantie dans la solidarité qui unit ses commettants dans une même affaire. Si, en effet, plusieurs commettants chargent un même commissionnaire de faire une opération déterminée, ils seront tous tenus solidairement envers lui. Le principe de la solidarité a été posé par le code civil dans son article 2002 : « Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat.

Le code de commerce est muet sur ce point, mais, en l'absence de dispositions spéciales, nous devons nous référer, en matière de commission, aux principes posés, au titre du mandat, par le code civil. D'ailleurs en matière commerciale, la solidarité passive est admise par de nombreux textes de loi, et l'usage a admis en principe la solidarité entre co-débiteurs, sauf quand elle est exclue par une convention expresse ou par une disposition légale.

Il n'en est pas de même en matière civile. Selon le code civil, en effet, la solidarité ne se présume point, et il faut qu'elle soit expressément stipulée, (art. 2002) à moins qu'elle ne dérive d'une disposition légale. L'usage commercial, au contraire, a admis cette solidarité. C'est ainsi qu'un arrêt du 29 novembre 1854 déclare solidaires les membres d'une société qui ont conjointement contracté une obligation. (D. 1855-1-135. V. dans le même sens Cassation 11 février 1834 S. 1834-1-113 ; D. P. 1834-1-87).

Cette solidarité était admise dans l'ancien droit. Pothier dans son *Traité des Obligations* n° 266 admettait que la solidarité passive pouvait exister bien qu'elle ne fut pas expressément stipulée ; « Deux marchands qui achètent ensemble une partie de marchandises quoiqu'ils n'aient d'ailleurs aucune société entre eux, sont censé associés pour cet achat, et comme tel, ils sont obligés solidairement quoique la solidarité ne soit pas exprimée. » (*Traité des obligations* T. 1 n° 266). Avant lui Bonnier et Jousse expliquaient la solidarité en presumant une société entre ceux qui contractent. Sur ce point, le droit commercial n'a jamais varié. « Telle a été la coutume, dit Fréméry, par l'accord unanime et tacite de tous les commerçants, et constamment suivie par leur juridiction spéciale ; c'est conséquemment l'inspiration naturelle de gens tout à fait étrangers par leur position, leurs connaissances, leurs habitudes aux

règles du droit civil. » (*Etude de droit commercial* p. 22).

Quelques auteurs, s'autorisant des anciens jurisconsultes français, ont soutenu qu'il n'y avait pas solidarité en matière commerciale, lorsqu'il était constant que le créancier n'avait pas cru à l'existence d'une société entre les co-débiteurs. Bravard-Veyrières et après lui M. Boistel ont adopté cette opinion. Ils admettent la solidarité en matière de société commerciale, mais ils croient qu'elle n'est pas de droit commun en matière de commission, et que par conséquent, elle ne doit être admise, qu'autant qu'elle a été stipulée. (V. en ce sens Bravard-Veyrières *Droit commercial* T. II p. 255).

Delamare et Le Poitvin pensent au contraire qu'il ne répugne à aucun contrat que les débiteurs y soient réciproquement obligés au paiement intégral de la dette commune. La solidarité des commettants sera une garantie de plus pour le commissionnaire en lui permettant de faire retomber sur les autres commettants conjoints le fardeau de la dette impayée par l'un d'eux.

CHAPITRE IV

DES SURETÉS ACCORDÉES AU COMMISSIONNAIRE PAR LES LOIS ÉTRANGÈRES

Nous avons passé en revue les différentes garanties accordées au commissionnaire en cas de refus de paiement ou de faillite du commettant. Pour compléter cette étude, nous devons rechercher quelles sont les principales sûretés qui lui sont accordées par les lois étrangères.

Toutes les législations étrangères ont édicté des dispositions, plus ou moins complètes et plus ou moins parfaites, d'ailleurs, dans le but de protéger les droits du commissionnaire. Toutes n'ont pas été dans cette voie aussi loin que la législation française. Certaines, cependant, lui ont assuré les mêmes garanties que la loi française. En effet, le privilège et le droit de rétention sont accordés au commissionnaire en Allemagne, en Autriche, en Belgique et en Hollande.

Le code Allemand de 1861, article 374, décide que le commissionnaire a un privilège sur la marchandise formant l'objet de la commission, tant qu'il l'a en sa possession, ou qu'il est en état d'en disposer,

notamment à l'aide de connaissements, de certificats de prise en charge, ou de certificats de dépôts dans les magasins généraux. Ce privilège garantit les dépenses relatives aux marchandises, le droit de commission, les avances et les prêts faits sur les marchandises, les lettres de change et billets à ordre souscrits, et les autres obligations contractées à l'occasion des marchandises, ainsi que toutes les créances comprises dans le compte courant concernant les opérations de commission. Le commissionnaire peut, pour se couvrir du montant des créances qui viennent d'être énumérées, se rembourser par préférence au commettant et à ses créanciers sur toutes les créances provenant de la commission et encore existantes. Si le commettant est en retard pour l'exécution des obligations ci-dessous décrites, envers le commissionnaire, disait l'article 375, celui-ci a le droit de se payer sur les marchandises en observant les formalités prescrites pour la vente en matière de gage commercial; il a ce droit même contre les autres créanciers et contre la masse de la faillite du commettant.

La loi allemande a aussi accordé au commissionnaire un droit de rétention. Tout commerçant, peut, pour garantie des créances échues qu'il a contre un autre commerçant à raison d'actes de commerce, exercer un droit de rétention sur tous les objets mobiliers et papiers de commerce de son débiteur

qui seraient entre ses mains, ou se trouveraient de tout autre manière à sa disposition, pourvu toutefois qu'il ait acquis la possession de ces objets avec le consentement du débiteur et en vertu d'actes de commerce. La loi allemande sur la faillite, ou nouveau code de concours, (*konkurs ordnung*) promulgué en 1877, c'est-à-dire après le code de commerce de 1861, a maintenu et reconnu le droit de rétention au négociant, créancier d'un autre négociant pour faits de commerce et détenteur d'une valeur lui appartenant, et le droit du commissionnaire sur sa consignation. (Art 374). Ces dispositions n'étaient pas celles du code prussien, qui n'accordait au commissionnaire qu'un droit de rétention. Ce ne fut que plus tard, en effet, que la *Konkurs ordnung* prussienne du 8 mai 1855 assura un privilège au commissionnaire. Cette disposition fut étendue en 1861 à l'Allemagne toute entière, et s'appliqua à tous les cas autres que la faillite du commettant.

Les dispositions du code de 1861 n'ont pas été sensiblement modifiées par le nouveau code de 1897. Le paragraphe 397 de ce dernier code reconnaît, en effet, un droit de gage et un privilège au commissionnaire, dans la même mesure que l'ancien article 374. Les paragraphes 398 et 399 lui permettent de se faire payer par préférence au commettant et à ses créanciers, sur les marchandises qu'il a entre les mains, et de se payer lui-même sur la

créance née de l'opération qu'il a passée pour le compte du commettant. Les paragraphes 369 et suivants maintiennent et réglementent à nouveau le droit de rétention général admis en matière commerciale par le droit allemand.

Le code hongrois reconnaît aussi l'existence d'un privilège et la faculté pour le commissionnaire de se payer sur les objets formant son gage, lorsque le commettant ne remplit pas ses obligations au temps voulu. (Art. 379 et 380).

La loi belge a accordé au commissionnaire les mêmes garanties que la loi française. Les articles 14 à 17 de la loi du 5 mai 1872 traitent spécialement de ce privilège. Tout commissionnaire dit cette loi, (art. 94) a privilège sur la valeur des marchandises à lui expédiées, déposées ou consignées, par le seul fait de l'expédition, du dépôt, ou de la consignation, pour tous prêts, avances ou paiements faits par lui en sa qualité de commissionnaire, soit avant l'expédition des marchandises, soit pendant le temps qu'elles sont en sa possession. Ce privilège ne subsiste que sous la condition que le commissionnaire ou un tiers convenu entre les parties ait été mis et soit resté en possession des marchandises. Dans la créance privilégiée du commissionnaire sont compris avec le principal les intérêts, la commission et les frais. Si les marchandises ont été vendues et livrées pour le compte du commettant

le commissionnaire se rembourse sur le produit de la vente du montant de sa créance par préférence aux créanciers du commettant. (Art. 15). Afin de favoriser les avances du commissionnaire, la même loi a décidé que tout bailleur de fonds, qui fournit au commissionnaire, en espèces ou en valeurs commerciales, les sommes nécessaires aux prêts, avances, ou paiements concernant les marchandises, jouit, pour garantie du remboursement des sommes fournies et des intérêts, du même privilège sur les mêmes objets. (Art. 16 1^{er} alinéa). Mais ce privilège ne subsistera que sous la condition que le bailleur de fonds ou un tiers convenu entre les parties ait été nanti par le commissionnaire du connaissement ou de la lettre de voiture. De plus le privilège du bailleur de fonds prime celui du commissionnaire. (Art. 17). C'est en faveur du commissionnaire agissant en son nom pour le compte du commettant, que la loi belge admet, en principe, un privilège. Mais la doctrine a étendu cette disposition, et a fait profiter de cette garantie celui qui fait accidentellement un acte de commission, et celui qui agit au nom d'autrui. La loi belge ne l'a cependant pas admis formellement; et, de même, elle n'a, pas plus que la loi française, consacré le droit de rétention par un texte formel. Ce droit existe cependant, en Belgique comme en France, et il y est reconnu par la jurisprudence, qui l'accorde au commission-

naire non remboursé de ses avances conformément à l'article 510 de la loi du 18 avril 1851, comme subrogé aux droits du vendeur. C'est dans ce sens que s'est prononcé un jugement du Tribunal de Bruxelles du 29 novembre 1873. Cependant le droit rétention n'a pas été universellement admis; il n'a été accepté que par ceux reconnaissant que ce droit peut exister en dehors des cas prévus par la loi. C'est ainsi que M. Laurent, commentateur belge du code civil, se refuse à admettre le droit de rétention. Selon lui, il faut s'en tenir strictement aux textes du code. « Parler d'un droit général de rétention, dit-il, alors que le code garde le silence sur ce prétendu droit, c'est s'engager dans une voie arbitraire, illégale même, puisque c'est entreprendre sur le pouvoir du législateur. » (*Principes du droit civil français* T. xxix). En Belgique comme en France, le droit de rétention a donc ses partisans et ses adversaires. Mais quant au privilège, il y est admis sans restriction,

D'après le code de commerce hollandais, les commissionnaires ont à la fois le privilège et le droit de rétention. Mais, sous cette législation, une distinction s'impose entre les divers commissionnaires, car le code hollandais n'accorde le privilège au commissionnaire que s'il agit en son nom. S'il agit au nom du commettant, ces droits et obligations sont déterminés par les dispositions du code civil

au titre du mandat. (Code hollandais art. 79). Mais le mandataire agissant en son nom, qu'il soit vendeur ou acheteur, est privilégié pour toutes les actions qu'il peut faire valoir en cette qualité contre son commettant, tant en raison de ses avances, intérêts, frais et provisions, qu'en raison d'obligations courantes. Ce privilège porte sur les marchandises que le commettant lui a envoyées pour être vendues, et sur celles qu'il a achetées ou reçues pour le compte du commettant, tant qu'elles sont en sa possession. Ce privilège prime tous les autres excepté celui des frais de justice. (Art. 80). Si les marchandises mentionnées plus haut, sont vendues et livrées pour le compte du commettant, le commissionnaire se paiera lui-même, sur le produit de la vente, du montant de ses créances privilégiées. (Art. 81). Lorsque le commettant a expédié au commissionnaire les marchandises à charge de les conserver jusqu'à disposition ultérieure, ou lorsqu'il a limité le pouvoir de les vendre, ou bien a retiré ce pouvoir le commissionnaire pourra, si le commettant n'acquitte pas les créances à sa charge, créances privilégiées en vertu de l'article 80, obtenir du tribunal de son domicile, sur simple requête accompagnée de pièces probantes, l'autorisation de faire vendre ces marchandises en tout ou en partie, de la manière indiquée par le jugement. Le commissionnaire est tenu d'avertir le commettant, tant du

dépôt de la requête que de la vente faite en vertu de l'autorisation du tribunal, le tout au plus tard le lendemain. Cet avertissement peut être donné par télégramme ou par lettre chargée. (Art. 82). De plus, le commissionnaire qui a acheté ou vendu des marchandises pour son commettant, pourra, si celui-ci ne paie pas les créances à sa charge, être autorisé à faire vendre ces marchandises par le tribunal d'arrondissement de son domicile, de la manière indiquée ci-dessus. La loi néerlandaise reconnaît aussi au commissionnaire un droit de rétention, dans le cas où il lui est possible de l'exercer. (Art. 85). Le code de commerce ne fait, du reste, en cette matière, qu'appliquer à la commission un principe posé par le code civil pour le mandat : « Le mandataire, dit-il, a le droit de rétention jusqu'à ce qu'il soit payé de tout ce qui lui est dû à raison du mandat. » (Art. 1849 *Code civil*).

Le code de commerce italien accorde non seulement au commissionnaire, mais à tout mandataire commercial, en garantie de ses avances et de ses frais, aussi bien que des intérêts de ses débours et de sa provision, un privilège spécial sur les marchandises du mandant, soit qu'il les détienne pour l'exécution du mandat, ou qu'elles se trouvent à sa disposition dans ses magasins ou dans un dépôt public, soit qu'il puisse prouver qu'elles lui ont été

expédiées, ce dont fera foi la possession légitime du connaissance. Les susdites créances jouiront d'un droit de préférence sur toutes autres vis-à-vis du mandant, ou vis-à-vis du vendeur revendiquant, sans qu'il y ait lieu de rechercher si les avances ou les dépenses ont été faites avant ou après que les marchandises sont arrivées en la possession du mandataire. Le commissionnaire qui a acheté des marchandises pour le compte de son commettant aura aussi un privilège pour le prix payé à condition que ces marchandises se trouvent à sa disposition dans ses magasins ou dans un dépôt public. (Art. 362).

Les codes portugais et roumain étendent aussi le privilège du commissionnaire à tout mandataire commercial.

Le premier dans son article 247, le lui accorde premièrement : pour ses avances et ses frais, deuxièmement : pour le prix des marchandises achetées pour le compte du mandant, troisièmement : pour les diverses créances mentionnées aux numéros précédents. D'après le dernier alinéa de cet article, les créances du commissionnaire seront préférées à toutes créances contre le mandant autres que celles qui proviennent des frais de transport ou d'assurance, qu'elles aient pris naissance avant ou après que les marchandises sont arrivées en la possession du mandataire. (Art. 247).

Le code de commerce roumain a pris les mêmes

dispositions que le code italien. Les créances privilégiées du mandataire commercial sont préférées à toutes autres créances contre le mandant sans exception, comme le fait la loi portugaise, les frais de transport et d'assurance. (Art. 307 2^e alinéa).

Si les codes italien, roumain et portugais ne parlent que du privilège, le code espagnol au contraire n'en parle pas, mais semble plutôt admettre le droit de rétention, lorsqu'il dit, dans son article 276, que les effets remis en consignation seront considérés comme garantissant spécialement le paiement des droits de commission, des avances, des frais faits par le commissionnaire à raison desdits effets. Comme conséquence de cette obligation, aucun commissionnaire ne pourra être dépossédé des objets reçus par lui en consignation, avant d'avoir été préalablement remboursé de ses avances, de ses frais et de son droit de commission. Sur le produit des mêmes marchandises, le commissionnaire devra être payé par préférence à tous les autres créanciers du commettant, sauf le créancier pour frais de transport. Mais pour jouir de ce droit de préférence, il faudra que le commissionnaire ait ces objets en sa possession, ou qu'ils se trouvent à sa disposition dans un dépôt ou magasin public.

La plupart des Républiques sud-américaines, dont la législation est plus ou moins inspirée du code espagnol, ont adopté les mêmes principes. Le code

de commerce chilien, du 23 novembre 1865, accorde, en particulier, un droit de rétention au commissionnaire, même sur les marchandises qui se trouvent en transit à l'époque de la faillite de son commettant. Mais ce droit cesse dès le moment où les marchandises sont réellement livrées au commettant. (Art. 300).

Le code fédéral suisse des obligations ne reconnaît au commissionnaire qu'un droit de rétention. Ce droit est défini par l'article 224 dans les termes suivants : « En dehors des cas expressément prévus par la loi, le créancier jouit, lorsque sa créance est échue, d'un droit de rétention sur les biens meubles et les titres qui se trouvent à sa disposition, du consentement du débiteur, pourvu qu'il y ait connexité entre la créance et la chose retenue. Entre commerçants, il suffit, pour qu'il y ait connexité que la créance et la possession de la chose résultent de leur relation d'affaires ». Le droit de rétention de l'article 224 est accordé sur la marchandise en commission ou sur le prix qui a été réalisé. (Art. 442). Quand la marchandise n'a pu être vendue, ou que l'ordre de vente ayant été révoqué par le commettant, celui-ci tarde indûment à la reprendre ou à en disposer, le commissionnaire peut poursuivre la vente aux enchères devant l'autorité compétente, dans le lieu où elle se trouve. Si le commettant n'est ni présent, ni représenté sur la place, la

vente peut être ordonnée sans qu'il ait été entendu, mais un avis officiel doit lui être adressé préalablement, à moins qu'il ne s'agisse de chose exposées à une dépréciation. (Art. 443).

Enfin, le droit anglais n'admet aussi que le droit de rétention. Le commissionnaire l'exerce non seulement pour tout ce qui est dû à l'occasion de cette chose, mais encore pour toute créance commerciale indistinctement.

Toutes les législations étrangères ont reconnu l'importance de la solidarité, au point de vue du crédit personnel, des co-débiteurs, et de la sécurité du créancier. Plus prévoyants que la loi française, beaucoup de codes de commerce étrangers ont résolu la question de la solidarité des commissionnaires.

Le code allemand de 1861, dans son article 280, disait que, lorsque deux ou plusieurs personnes s'engagent envers une autre, et que l'opération constitue, quant à elles, un acte de commerce, elles doivent être considérées comme débiteurs solidaires à moins que le contraire ne résulte de la convention passée par elles avec le créancier.

Même disposition dans l'article 268 du code hongrois.

La loi portugaise rend, dans les engagements commerciaux, tous les coobligés solidaires, sauf stipulation contraire, mais cette disposition ne doit

pas être étendue aux non commerçants quant aux contrats qui, par rapport à eux, ne constituent pas des actes de commerce. (Art. 100).

Les codes de commerce italien et roumain ont décrété aussi la solidarité passive, en matière d'obligations commerciales, à moins de convention contraire. (Art. 40 1^{er} alinéa et art. 42).

Enfin le code de commerce chilien est encore plus explicite. Il édicte expressément la solidarité entre les commettants. La commission donnée collectivement par plusieurs commettants produit à leur égard une obligation solidaire envers le commissionnaire.

Mais, en Belgique, la question de l'admission de la solidarité en matière de commission est controversée. Certains auteurs l'ont rejetée, en partant de ce principe que la solidarité ne se présume point, qu'il faut qu'elle soit expressément stipulée. Cette doctrine que nous avons réfutée plus haut, a cependant rencontré beaucoup de partisans en Belgique, et l'un des auteurs belges les plus connus, M. Laurent, l'a soutenue énergiquement. Selon lui ; la règle exigeant une stipulation expresse pour qu'il y ait solidarité, est une règle générale, commandée par la nature même de l'obligation ; il n'y a donc aucune raison d'en limiter l'application aux matières civiles. Par un procédé de discussion qui lui est familier M. Laurent ajoute : « L'opinion contraire a été

soutenue, il est inutile de la réfuter car elle est en opposition avec le texte et avec l'esprit de la loi. » (*Droit civil français* T. xvii n° 285).



TITRE II

DES GARANTIES ACCORDÉES PAR LA LOI AU COMMETTANT

La faillite ou la déconfiture du commettant ou du commissionnaire mettent fin au contrat de commission. Nous venons de voir ce qui arrive en cas de faillite du commettant. Il nous reste maintenant à examiner les garanties qui lui sont accordées par le code de commerce, en cas de faillite du commissionnaire. Ces garanties peuvent se ramener à deux principales : La revendication du commettant et la solidarité des commissionnaires ; d'où deux chapitres :

- 1° De la revendication du commettant ;
 - 2° De la solidarité des commissionnaires.
-

CHAPITRE PREMIER

DE LA REVENDICATION DU COMMETTANT

Le droit de revendication se trouve défini et réglementé par les articles 574 à 576 du code de commerce. En accordant ce droit au commettant, ces textes ne font qu'appliquer les principes généraux du droit. En effet, celui qui n'est pas payé, peut réclamer le prix ou la chose pour laquelle il n'a pas obtenu de compensation. Si le commissionnaire tombe en faillite alors qu'il détient les marchandises appartenant au commettant, ou la valeur représentative de ces marchandises, ces valeurs ne doivent pas être confondues avec l'actif propre du commissionnaire, et ses créanciers n'y doivent pas avoir droit. La loi, s'inspirant de ces considérations, et voulant sauvegarder les droits du commettant lui a accordé un droit de revendication. « Cette revendication dont s'occupe le code de commerce, disent Delamare et Le Poitvin, c'est le droit qu'a le propriétaire d'une chose de la réclamer et de la reprendre dans une faillite où elle se trouve. » (*Traité du contrat de commission* T. II n° 356).

Ce droit peut avoir différents objets. Il peut porter :

- 1° Sur les marchandises existant encore en nature ;
- 2° Sur le prix de vente ;
- 3° Sur les effets de commerce qui en sont la représentation.

§ I

De la revendication des marchandises

La revendication du commettant s'explique fort bien en droit, car elle découle de ce principe, qu'en déposant des marchandises chez le commissionnaire, ou en les lui expédiant pour être vendues le commettant ne lui en transmet pas la propriété.

Pour triompher, il faut en premier lieu que le commettant prouve qu'il est et n'a pas cessé d'être propriétaire de la chose par lui réclamée, et, en second lieu, que cette chose puisse être distinguée de tout autre et être reconnue pour la sienne. Ce sont les prescriptions mêmes du code de commerce. « Peuvent également être revendiquées aussi longtemps qu'elles existeront en nature, en tout ou en partie, les marchandises consignées au failli à titre de dépôt ou pour être vendues pour le compte du propriétaire. » (Art. 575 1^{er} alinéa *Code de com.*) La première condition n'a pas besoin de démonstration. Celui là seul qui a la propriété peut revendi-

quer. C'est un point qui a été reconnu de tous temps. Mais cette première condition ne suffit pas. Je puis prouver avoir consigné chez un tel un objet qui était bien à moi, sans avoir droit pour cela à tel objet semblable qui se trouve chez lui. Je dois prouver l'identité des deux objets, démontrer que celui qui se trouve chez le consignataire est bien le mien. Il est donc nécessaire que ma chose puisse être reconnue. Aussi le code de commerce a-t-il exigé que les marchandises existassent en nature chez le commissionnaire. Faut-il interpréter largement ces mots en nature ? La loi a-t-elle seulement voulu dire que les marchandises ne doivent pas avoir subi une transformation telle qu'elles soient devenues en réalité des choses nouvelles ? MM. Lyon-Caen et Renault interprètent cette expression en ce sens qu'il ne faut pas que la marchandise ait subi une transformation telle qu'elle soit devenue un objet différent. « Par exemple, disent-ils, la revendication ne serait plus possible si la laine consignée avait été transformée en drap, si le drap consigné avait servi à faire des vêtements. » (*Précis de droit commercial* T. III n° 504). On ne doit pas interpréter l'article 515 du code de commerce aussi rigoureusement que l'article 2102 du code civil. Cet article accorde la revendication au vendeur d'effets mobiliers, s'ils se trouvent dans le même état que le jour de la livraison. Quant à l'article 575 (code

commerce) il nous parle aussi de marchandises en nature. L'un a-t-il une signification plus extensive que l'autre? Certainement, car il est évident que des laines déposées par un commettant chez un commissionnaire qui les fait teindre ne sont plus dans le même état, mais existent toujours en nature. La loi vise donc, dans l'article 575, le cas où la substance de la chose est altérée, et où les marchandises n'existent plus dans leur individualité. C'était ce que disait déjà Casarégis. (*Disc. leg. de com.* 44 n° 33).

Enfin, si la loi exigeait une identité absolue entre la marchandise envoyée et la marchandise revendiquée, elle ne permettrait pas de la revendiquer en partie, mais seulement dans son intégrité. Ajoutons que le droit de l'article 575 est une conséquence naturelle du droit de propriété, et doit être largement entendu, tandis que le droit de l'article 2102 résulte d'un privilège et doit être interprété restrictivement, en raison de son caractère tout exceptionnel.

Lorsque la marchandise change de nature, le commettant ne peut plus la revendiquer; mais il n'en résulte pas que le commissionnaire devienne propriétaire, car il est toujours redevable du prix; cette circonstance empêche seulement de reconnaître la marchandise. Si ce changement de nature ne mettait pas complètement obstacle à la revendica-

tion, il pourrait causer un préjudice aux créanciers de la masse, car le commettant pourrait réclamer des objets autres que ceux dont il a la propriété.

Quelle sera la solution, si le commissionnaire a engagé les marchandises par des actes qu'il a faits en dehors de son mandat ou contre les ordres du commettant ? On admet que la revendication cesse contre le tiers de bonne foi, si le commissionnaire a vendu la marchandise. S'il la mise en gage, la revendication ne peut s'exercer sur l'objet engagé que moyennant le remboursement de la somme garantie. L'intérêt des tiers l'exige, quoiqu'il puisse paraître rigoureux que le propriétaire perde sa chose contre son gré. Casaregis nous dit que l'usage du commerce a fait fléchir ce principe. (*Disc. 187* n° 4). Cette doctrine consacrée par l'usage commercial peut se justifier par cette considération d'équité, que, si deux personnes sont exposées à souffrir du fait d'un tiers, celle-là seule doit supporter la perte, à qui l'on peut imputer d'en avoir été l'occasion par une confiance mal placée. On fait donc céder ici l'intérêt particulier devant l'intérêt général du commerce, et devant l'intérêt social.

Dans la rigoureuse acceptation des termes, la loi accorde le droit de revendication à deux personnes seulement : le commerçant qui a vendu les marchandises, et le commettant qui les lui a consignées à titre de dépôt.

La revendication du commettant est plus large que celle du vendeur. Celle-ci ne doit, en effet, être accueillie, qu'autant que les marchandises étaient en route, lorsque l'acheteur a fait faillite. Entrées dans ces magasins, elles ne sont plus revendicables. Au contraire, en vertu de l'article 575 1^{er} alinéa, le commettant pourra revendiquer les marchandises déposées ou consignées chez son commissionnaire failli, en totalité ou en partie. On comprend que cet avantage soit accordé au commissionnaire et ne le soit pas au vendeur, car celui-ci a voulu transférer la propriété de sa chose, tandis que l'autre n'a pas entendu s'en dessaisir.

Le droit de revendication du commettant ne cesse que lorsqu'il a perdu son droit de propriété, ou que la chose cesse d'être reconnaissable. Celui qui est propriétaire pouvant revendiquer, d'après les principes généraux du droit, la revendication du commettant sera possible, dans la faillite du commissionnaire, toutes les fois que celui-ci détiendra, au moment de sa faillite, des marchandises appartenant au commettant. « La revendication, disent Delamare et Le Poitvin n'est pas une faveur, une sorte de privilège, elle ne déroge à aucune convention, ni ne dérive d'aucun principe ; c'est le droit de propriété mis en action ».

Fondée sur un tel droit, elle s'exerce contre toute détention, à quelque titre que le commissionnaire

détienne, de mandat, de dépôt, de commodat, de louage, il n'importe, sauf l'acquit préalable des avances et frais dont la chose est la sûreté, ou les exceptions valables dont un détenteur de bonne foi pourrait se prévaloir. (*Traité du contrat de commission* T. II n° 360 *in fine*).

Le droit de revendication appartient donc au commettant contre le commissionnaire vendeur. Il peut aussi l'utiliser contre le commissionnaire acheteur, lorsque les marchandises achetées pour son compte se retrouvent dans la faillite du commissionnaire.

Si l'achat est fait au nom du commettant, il est certain qu'il a le droit de revendiquer, car il est le seul acheteur, et le commissionnaire n'est qu'un simple intermédiaire détenteur. Mais, lorsque le commissionnaire, achetant pour le compte du commettant, a traité en son propre nom, son mandant devra prouver pour triompher dans sa revendication, qu'il est bien propriétaire. Or cette preuve, comment la fera-t-il? Ce ne pourra être par le contrat de vente, puisque, ce contrat étant fait au nom du failli, il en résulte la présomption que la chose achetée appartient à sa faillite. Cette présomption subsistera même jusqu'au moment où le commettant pourra prouver que, dès avant la faillite, il avait donné l'ordre d'acheter pour son compte, et que le commissionnaire avait accepté cet ordre. S'il

fournit la preuve d'un semblable mandat, et qu'il y ajoute celle de l'identité de la marchandise, sa revendication ne souffrira aucune difficulté. En ce qui concerne la preuve de l'identité, elle peut se faire au moyen de livres, de témoins, en un mot, par tous les moyens propres à déterminer la conviction.

S'il est prouvé que le commissionnaire chargé d'acheter en son nom pour le compte de son commettant, a violé son mandat, et a acheté pour lui-même, on ne peut dire qu'il a acquis pour le commettant, et celui-ci ne peut revendiquer la marchandise, puisqu'il n'en a jamais été propriétaire. Il n'aura qu'une action en dommages-intérêts, pour laquelle il viendra, comme simple créancier au marc le franc. En cas de doute, lorsqu'il n'est pas certain que le commissionnaire ait violé son mandat, on doit se prononcer en faveur de la bonne foi, car le dol ne se présume pas, et ce serait au syndic de la faillite d'en faire la preuve.

C'est d'après ces principes, que la jurisprudence a déterminé les conditions de la revendication du commettant. Un arrêt du 21 décembre 1859 décide que lorsqu'un commissionnaire acheteur a reçu livraison des marchandises pour son commettant, et les a, pour le compte et sur l'ordre de celui-ci, réexpédié à des tiers, cette réexpédition individualise la marchandise et approprie le commettant, de sorte

que, en cas de faillite du commissionnaire, pendant que la marchandise voyage, le syndic ne peut en faire la revendication. (Rouen 21 décembre 1859, *Rec. arrêts Caen et Rouen 1860* p. 254).

Le commissionnaire qui est mis en faillite après avoir acheté en son nom pour le compte du commettant, doit, si les marchandises sont dans ses magasins, être considéré comme un consignataire à titre de dépôt. Le commettant pourra être admis à les revendiquer, mais ce sera à lui de prouver que la convention a été exécutée, et que, de plus, les marchandises achetées pour son compte ont été individualisées dans les magasins du failli. (Caen 15 novembre 1848). Mais la Cour de Caen n'admet pas la preuve par témoins en cette matière, car elle ajoute qu'il ne suffirait pas au commettant, pour justifier sa revendication, de prouver par des déclarations de témoins, que les marchandises trouvées dans les magasins du failli lui étaient destinées; il faudrait de plus que cette destination eût été réalisée et constatée par des circonstances extérieures et matérielles. (*Rec. arrêts Caen et Rouen 1848* p. 315).

§ II

De la revendication du prix des marchandises vendues

L'article 575, al. 2 du code de commerce, dispose :
« Pourra être revendiqué le prix ou la partie du prix des marchandises qui n'aura été ni payé, ni réglé en valeurs, ni compensé en compte courant entre le failli et l'acheteur. »

Si le commissionnaire a vendu les marchandises que lui avait consignées son commettant, et que, lors de sa faillite, le prix en soit encore dû, le commettant n'est pas dépourvu de toute protection, car le prix, étant sa propriété exclusive, ne sera pas versé dans la masse au profit de tous les créanciers. C'est ce droit de réclamer le prix que la loi appelle revendication du prix. La loi emploie ici une locution impropre. Le prix, en effet, ne remplace pas la marchandise qui n'est plus en la possession du commissionnaire. Ce prix, lui aussi, est, du reste, au mains de l'acheteur, puisqu'il est encore dû. Ce n'est donc pas lui qui se trouve dans la faillite du commissionnaire, mais une action en paiement contre l'acheteur. C'est dans cette action que le commettant est subrogé au lieu et place du commissionnaire, et c'est cette action qu'il exerce par préférence aux autres créanciers. « Par revendication du prix, la loi entend donc le droit, pour le commettant, d'exercer une action en

paiement contre l'acheteur, au lieu et place du commissionnaire failli. Celui-ci doit, d'ailleurs, avoir agi en son nom personnel dans le contrat qu'il a passé avec cet acheteur, car, s'il avait agi au nom de son mandant, l'acheteur ne serait obligé qu'envers celui-ci. Le commissionnaire a donc acquis une action en paiement que le commettant aura le droit d'exercer par préférence aux créanciers de la masse, faveur qui se justifie par ce fait, que le commissionnaire failli n'a pas vendu sa propre chose, et n'a pas agi pour son propre compte, mais a aliéné les marchandises du commettant, et n'a agi qu'au nom de celui-ci. Puisqu'il a traité sur la chose et dans l'intérêt de son mandant, la masse s'enrichirait injustement au préjudice du commettant, si elle touchait une somme qui n'appartient pas au failli, et qu'il ne devait recevoir que pour la rendre.

Mais la revendication n'est pas toujours possible; il faut, pour que le commettant y ait droit, que le prix soit encore dû en tout ou en partie lors de la faillite. Et, si le commissionnaire avait avec ce prix acheté des marchandises, elles ne seraient pas revendicables. Il est donc essentiel pour le commettant de s'assurer, lors de la faillite du commissionnaire, que l'acheteur doit encore le prix de son achat, en tout ou en partie; sans quoi, ce prix se trouverait confondu avec les autres biens du commissionnaire, et l'on ne pourrait user de la

revendication sans causer un grave préjudice aux créanciers du failli en enlevant une partie de l'actif qui forme leur gage.

Est-il facultatif au commettant de revendiquer ou de ne pas revendiquer le prix dû par l'acheteur ? Le commissionnaire et le tiers acheteur peuvent en effet se trouver tous deux en faillite et offrir un dividende plus ou moins avantageux. La faillite de l'acheteur donne par exemple 25 % et celle du commissionnaire 50 % ; dans quelle faillite le commettant se présentera-t-il ? Il sera obligé de se faire payer à la faillite de l'acheteur, comme s'il était son créancier direct, et il ne pourra se présenter malgré l'avantage qui en résulterait pour lui à la faillite du commissionnaire. Le commettant, ayant le droit strict de produire à la faillite du tiers, il est juste, que s'il néglige d'user de ce droit, les créanciers du commissionnaire n'aient pas à en souffrir. De plus, le commissionnaire ne doit à son commettant que ce qu'il aurait pu recouvrer de l'acheteur, failli ou non failli. « Il ne peut, de quelque manière qu'il s'y prenne, disent MM. Lyon-Caen et Renault, obtenir que le dividende, mais tout le dividende afférant à la créance du prix dans la faillite de l'acheteur. Dans les rapports entre le commettant et le commissionnaire, le premier doit être traité, que cela lui soit préjudiciable ou avantageux, comme s'il avait fait directement l'opé-

ration. » (*Précis de droit commercial* T. III n° 507).

Donc, lorsque le commettant, se présentera à la faillite de l'acheteur, celle du commissionnaire sera libérée, et, s'il se présente à cette dernière, il n'a droit qu'au dividende qu'elle reçoit elle-même dans la faillite de l'acheteur. C'est donc, en définitive, à celle-ci seule qu'il a affaire. Il faut cependant excepter le cas de Ducroire. Par la convention *del credere* le commissionnaire garantit son commettant de toute perte. Celui-ci pourrait, par conséquent, figurer dans la faillite du commissionnaire en vertu du contrat de Ducroire, et dans la faillite de l'acheteur comme créancier du prix de sa marchandise.

Lorsque l'acheteur a payé le commissionnaire, il est libéré, puisque c'est avec lui qu'il a traité. C'est ce qu'a voulu dire l'article 575, quand il défend de revendiquer le prix, lorsque celui-ci a été payé, réglé en valeurs, ou compensé en compte courant entre l'acheteur et le failli. Le paiement effectif et la compensation sont mis sur la même ligne par le code car la compensation équivaut à un paiement.

Lorsque l'acheteur paie en espèces, sa dette est éteinte, et, d'un autre côté, il est impossible au commettant de revendiquer, puisque le prix est tombé dans la caisse du commissionnaire. Il ne peut être qu'un simple créancier venant au marc le le franc.

Le paiement effectué par l'acheteur entre les

main du commissionnaire éteint donc le droit de revendication du commettant. Le règlement en valeurs doit être assimilé au paiement dans tous les cas et il produit toujours le même effet extinctif.

En effet, supposons d'abord que le commissionnaire ait passé à l'ordre d'un tiers l'effet que lui a souscrit l'acheteur pour règlement du prix. L'effet n'existe plus dans le portefeuille du failli, ni dans son actif, et, d'autre part, le tiers, qui doit payer au dernier porteur quand il lui présentera l'effet, ne peut être obligé à effectuer entre les mains du commissionnaire un second paiement, en faveur du commettant. Donc, plus de revendication possible pour celui-ci : c'est un point hors de doute.

Supposons maintenant que le commissionnaire ait conservé l'effet en portefeuille. Alors encore, la revendication sera impossible, soit parce que la souscription de l'effet a opéré novation de la dette du prix, soit plutôt, comme le dit fort bien M. Thaller (*Traité élémentaire de droit commercial* 2^e éd., 1900, n° 1133, p. 598), parceque « les règlements en espèces et en effets s'employant indifféremment, il serait peu raisonnable de leur attribuer des résultats différents. »

Une troisième circonstance peut avoir éteint le droit du commettant de revendiquer le prix de ses marchandises. Si ce prix a été compensé en compte courant entre le commissionnaire failli et l'acheteur

la revendication est encore impossible. Avec M. Thaller (op. cit., n° 1134, p. 598), nous pouvons à ce propos distinguer trois hypothèses.

Supposons d'abord que le compte courant se solde en faveur du tiers acheteur, qui par suite d'opérations diverses, se trouve à découvert lors de la clôture du compte, et reste créancier de la faillite pour le solde. Il est évident que ce solde sera plus fort, si l'on détache du compte courant l'article relatif à la vente de la marchandise, pour rendre à cet article une existence indépendante. Mais il y aurait là, en raison de la faillite de son débiteur, une situation très fâcheuse pour le tiers, qui, obligé de produire à la faillite pour une somme supérieure se trouverait gravement lésé. Aussi cette solution est-elle et doit-elle être rejetée : l'entrée du prix en compte est définitive à l'égard du tiers. — La même solution devrait être appliquée, et pour les mêmes raisons, au cas où le compte, en y comprenant le prix de la marchandise vendue, se balancerait complètement, sans aucun solde. Mais supposons qu'au contraire, le compte courant présente un solde à l'avoir du commissionnaire failli, et non du tiers acheteur, et que ce solde soit supérieur, ou, au moins, égal au prix de la marchandise. Le compte peut, par exemple, ne renfermer que cette seule opération faite pour le commettant. Dans cette hypothèse, le tiers cesse d'avoir intérêt à ce

que la créance du prix soit ou non extraite du compte courant, car, dans les deux cas, il devra payer la même somme. Que décider? En droit strict, le compte courant emportant novation des créances qui y sont portées, la masse de la faillite pourrait encore repousser la revendication du commettant. Mais cette solution a paru trop rigoureuse, et, en 1888, lors de la revision de la loi des faillites, on a substitué les mots « compensé en compte courant », aux termes anciens « passé en compte courant », ce qui a eu pour effet d'exiger, pour que la revendication soit écartée, non seulement que l'article ait été porté sur le compte, mais que d'autres articles au crédit du tiers y aient été également inscrits, et qu'une sorte de compensation soit possible.

Reste une troisième hypothèse : le solde du compte est toujours au crédit du commissionnaire, mais il est inférieur au prix de la marchandise du commettant. En vertu du principe que nous venons d'exposer, et que la révision de 1888 a consacré, la revendication du commettant ne pourra s'exercer que sur le solde dû par le tiers, et, pour l'excédent, le commettant devra, au lieu de s'adresser à celui-ci produire à la faillite du commissionnaire.

Tels sont les faits qui mettent obstacle à la revendication du commettant.

§ III

De la revendication des effets et titres

La revendication des marchandises a son fondement dans le droit de propriété. Celle des effets de commerce a la même base. L'effet de commerce n'est qu'un acte constatant l'existence d'une créance, d'un droit. Le commissionnaire reçoit souvent de son commettant de pareilles valeurs. Celui-ci peut, par exemple, le charger de recouvrer des effets qu'il lui envoie, et l'obliger à lui rendre compte de ce recouvrement. Lorsque ces valeurs se trouveront dans le portefeuille du failli, le commettant, qui les lui a remises, pourra les revendiquer, car il n'a pas abdiqué la propriété de ses effets, et ils doivent lui revenir, la masse de la faillite n'y ayant aucun droit.

Mais la revendication de ces effets ne serait plus possible, s'ils avaient cessé d'appartenir au commettant : « Pourront être revendiqués au cas de faillite, les remises, effets de commerce ou autres titres non encore payés et qui se trouveront en nature dans le portefeuille du failli à l'époque de sa faillite, lorsque ces remises auront été faites par le propriétaire avec le simple mandat d'en faire le recouvrement et d'en garder la valeur à sa disposition, ou lorsqu'elles

auront été de sa part, spécialement affectées à des paiements déterminés. » (Code com. art. 574).

Si l'on n'avait pas prescrit au correspondant de garder le produit de la vente à la disposition du commettant, ou s'il avait été autorisé à s'en servir, ce genre de remise rentrerait alors dans le compte courant, et il ne pourrait y avoir de revendication, car le commettant aurait abdiqué sa propriété, à charge pour le commissionnaire de le rembourser d'une somme égale, avec ou sans intérêts. Les remises de nature à fournir un article de compte courant, ne sont donc pas revendicables. Aussi la loi a-t-elle déterminé les effets revendicables, en exigeant que les remises aient été spécialement affectées à des paiements déterminés. Par exemple, en transmettant les effets de commerce, le commettant indique leur origine, et décide que le montant doit en être employé d'une certaine manière; dans ce cas, il n'en abandonne la propriété que si cette condition d'emploi s'est réalisée, et il a le droit de revendiquer, s'il en a été autrement.

L'article 574 exige, en outre, pour que la revendication sur les remises, effets de commerce ou autres titres non encore payées, puisse être valablement faite, qu'ils se trouvent encore « en nature » dans le portefeuille du failli à l'époque de sa faillite. Evidemment, il est défendu au commettant de revendiquer les effets régulièrement transmis par

son commissionnaire, en vertu du mandat donné. Dans l'article 574, le législateur n'a pas voulu, non plus, faire allusion au cas où les effets de commerce ne sont plus dans le portefeuille du commissionnaire, mais dans celui de ses correspondants ou préposés. Le commissionnaire est responsable de ses commis, et les effets, dans ce cas, n'ont pas cessé d'appartenir au commettant. L'expression en nature a-t-elle le même sens qu'en matière de revendication des marchandises? Un effet de commerce, avons-nous dit, n'est qu'un instrument constatant l'existence d'une créance, d'un droit. Cet instrument envoyé par le commettant au commissionnaire, doit se retrouver dans toute son identité entre les mains de celui-ci. Or, cette identité existe ou n'existe pas; elle disparaît évidemment, si l'effet est remplacé par un autre, et alors, il n'y a plus de revendication possible. La marchandise, au contraire, est chose matérielle. Elle peut par conséquent subir de nombreuses transformations de volume, de qualité, ou de quantité : Elle peut se trouver dans les magasins du failli dans un état différent de celui où elle était lors de la livraison. Si elle a subi des diminutions ou des augmentations, ces changements peuvent cependant ne pas avoir altéré son espèce primitive, de même qu'ils peuvent aussi l'avoir complètement transformée en une espèce différente. L'expression « en nature » a donc un sens lorsqu'elle s'applique

à la marchandise ; mais, appliquée aux effets de portefeuille, il est assez difficile de lui donner un sens précis. MM. Lyon-Caen et Renault d'accord en cela avec Delamare et Le Poitvin, croient que la loi a voulu indiquer par là, que, si, avec les effets de commerce remis, d'autres ont été acquis, la revendication de ces derniers n'est pas possible encore qu'il n'y ait aucun doute sur cet échange. (Lyon-Caen et Renault *Traité de droit commercial* T. III n° 509). Nous croyons aussi que la loi a voulu considérer, que du moment où le commissionnaire a disposé de la propriété du commettant, celui-ci ne peut plus être que créancier, et n'a plus aucun droit sur la chose acquise en remplacement. C'est ainsi, pour nous servir de l'exemple de Delamare et Le Poitvin (*Tr. du contrat de commission* T. II n° 223), que, si avec des valeurs ou des espèces remises par vous pour acheter des sucres, j'achète des cotons ou d'autres objets, vous n'avez contre moi qu'une simple créance, et vous ne pouvez vous dire propriétaire des cotons.

La revendication cessera donc d'être possible quelque évidente d'ailleurs que soit la substitution, si j'ai converti la remise faite en une rente sur l'Etat, ou une action d'une Compagnie de Chemins de fer, ou même seulement si je l'ai échangée contre d'autres effets.

L'article 574, qui emploie l'expression « en

nature », signifie donc que, si les effets existant dans la faillite du commissionnaire ne sont pas en nature les effets remis, il n'y a plus de revendication possible.

Le droit de revendication du commettant n'existe pas seulement pour les effets de commerce ; l'article 574 assimile à ces effets les autres titres non encore payés. Le commettant pourra revendiquer dans la faillite du commissionnaire des valeurs nominatives ou au porteur, des titres d'action remis par exemple au commissionnaire, pour qu'il en touche les coupons ou pour qu'il reçoive le remboursement du capital. Mais l'identité des titres n'est pas facile à constater, s'ils sont au porteur ; et des difficultés peuvent se présenter à propos de la vérification et de la constatation de l'identité de ces sortes de titres. Un arrêt de la Cour de cassation du 11 juin 1872 a décidé, à propos d'un agent de change, que les titres au porteur, qui se trouvaient dans son portefeuille, lorsqu'il est tombé en faillite, ne pourraient être revendiqués par ceux de ses clients qui l'avaient chargé d'acheter des titres de même nature, qu'autant qu'ils établissaient l'identité de ces titres avec ceux achetés pour leur compte. (C. 1873-1-121). Ce principe n'est qu'une application spéciale de la doctrine générale sur les titres au porteur.

La question la plus délicate est celle de savoir à

quelles conditions l'identité sera suffisamment établie? Si les titres trouvés dans le portefeuille du failli portent une étiquette spéciale, avec le nom du client, l'identité est évidente, et la revendication est possible. L'individualisation peut résulter encore d'autres signes réunis et concordants, du fait, par exemple, que les titres revendiqués avaient été laissés à l'agent de change pour les convertir en titres nominatifs, et qu'on retrouve exactement le nombre des titres qui lui avaient été confiés. L'identité des titres au porteur sera ainsi établie, lorsqu'on les retrouvera, dans la faillite du commissionnaire, étiquetés au nom du commettant; ou bien, lorsqu'ils seront mentionnés sur les livres du commissionnaire, ou dans une lettre écrite par ce dernier pour en accuser réception.



CHAPITRE II

DE LA SOLIDARITÉ DES COMMETTANTS

Nous avons vu plus haut que, lorsque plusieurs commettants chargeaient un commissionnaire d'une opération, ils étaient tenus solidairement envers lui. Il serait injuste qu'il n'en fut pas de même des commissionnaires. Aussi, lorsque plusieurs commissionnaires auront été chargés par le commettant de l'exécution d'une opération, ils seront solidairement responsables vis-à-vis de lui.

Tous les auteurs n'ont pas accepté cette solution, et certains ont soutenu que la solidarité n'existait pas pour les commissionnaires chargés en commun d'une même opération. Naturellement, ces auteurs exceptent le cas où une commission a été confiée à une société en nom collectif ou en commandite. Dans la première espèce, en effet, les associés sont solidaires pour tous les engagements de la société. (Art. 22). Lorsqu'une société en nom collectif est chargée d'une commission, elle l'accepte par l'intermédiaire de l'un de ses associés ayant la signature, ce qui a pour résultat de la rendre responsable de

l'exécution de ce mandat. En conséquence, tous les associés, en vertu de l'article 22 du code de commerce, sont tenus solidairement de cette exécution. La même règle s'applique à la société en commandite. Dans cette société, les associés non commanditaires étant en rapport avec le public, sont seuls susceptibles d'inspirer confiance. Il est donc juste et conforme à l'intérêt du commerce qu'ils soient tenus *in solidum*. Seulement, si les commandités ou associés en nom collectif sont tenus solidairement, c'est en qualité d'associés, et non de commissionnaires.

Mais il peut arriver que plusieurs personnes se chargent ensemble de l'exécution d'une opération, sans qu'il y ait entre elles société en commandite, ou société en nom collectif. Seront-elles solidaires vis-à-vis du commettant? Le droit romain au titre du mandat (L. 60 § 2 *Dig. mand.* xvii-1), dit que, sur deux personnes engagées, chacune est tenue solidairement jusqu'à l'extinction de la dette. C'est l'opinion de Scévola qui a passé dans le *Digeste*. Plus tard, il est vrai, la Nouvelle 99 abolit la solidarité de plein droit, mais elle la laissa subsister entre mandataires. Pothier dit aussi, en parlant de deux mandataires qu'on a chargés de la gestion d'une ou de plusieurs affaires, que cette gestion n'ayant pu être partagée entre eux, et chacun d'eux s'étant chargé de cette gestion pour le total, « il est de la nature de leur

engagement qu'ils en soient chacun pour le total, et par conséquent solidairement ». (*Traité du mandat* T. VI n° 69).

Si notre droit moderne avait été aussi catégorique que notre ancien droit et que le droit romain, tout le monde aurait du reconnaître la solidarité des commissionnaires. Mais la raison de douter se tire de l'article 1995 : « Il n'y a de solidarité entre plusieurs fondés de pouvoir ou mandataires pour le même acte, qu'autant qu'elle est exprimée. » On prétend, disent les partisans de la non solidarité, que les commissionnaires salariés doivent être solidaires. Mais la circonstance du salaire ne peut influencer sur la solidarité car le salaire sera toujours dû qu'il y ait ou non solidarité : « On allègue encore cette considération, dit Bravard-Veyrières, que la commission appartient au droit commercial, et cela suffit dit-on pour admettre la solidarité. Mais c'est supposer que la solidarité est de droit commun. Or elle est aussi bien en matière civile qu'en matière commerciale une exception ; c'est une exception, qui, sans doute, se rencontrera plus souvent en matière commerciale qu'en matière civile, mais ne cesse pas par là d'être une exception ». (*Droit commercial* T. II p. 255).

Nous croyons cette doctrine erronée, car l'idée de solidarité nous paraît découler de la promesse d'obligation des commissionnaires, qui promettent en même temps une même chose pour la même

personne. En raison de ces circonstances, ils doivent être solidaires, car il seront présumés avoir un intérêt commun. « Il n'y a pas en jurisprudence de maxime plus certaine, plus invariablement suivie. Il est donc inutile de s'arrêter à prouver ce que personne ne conteste plus, même les auteurs, qui prétendent qu'en principe on doit suppléer par le code civil à tout ce que n'a pas réglé la loi commerciale. » (Delamare et Le Poitvin *Traité du contrat de commission* T. II n° 153).

Nous devons ajouter que les usages du commerce admettent la solidarité. « Dans les matières du commerce, dit Troplong, l'article 1995 n'est pas suivi. On sait que le droit commercial obéissant aux nécessités du crédit privé, admet la solidarité *ipso jure* dans toutes les affaires où deux commerçants s'obligent conjointement.

Nous n'avons rien de particulier à signaler au point de vue des législations étrangères. Toutes admettent la solidarité et ont émis les mêmes dispositions que notre code à propos du droit de revendication.

Telles sont les différentes sûretés, dont l'ensemble garantit l'exécution des obligations mises par le contrat de commission à la charge des deux parties

qui l'ont conclu. Nous avons ainsi complété le tableau, que nous nous étions proposé de tracer, de la situation réciproque faite par la loi, les conventions et les usages, au commettant et au commissionnaire, et nous pouvons maintenant résumer en deux mots la physionomie propre de ces rapports juridiques. Exécuter l'opération dont il est chargé, fournir les renseignements nécessaires et rendre compte de cette opération tels sont les devoirs du commissionnaire. Payer le droit de commission, indemniser le commissionnaire de ses débours et des pertes subies, telles sont les obligations du commettant. L'ensemble de ces droits et de ces obligations, avec les garanties variées qui en assurent le respect, et qui témoignent de la faveur accordée par le législateur à la commission, constitue un contrat d'une nature fort intéressante, dominé, dans ses grandes lignes, par les principes du mandat, mais régi aussi par des règles plus larges, et affectant des allures plus libres et plus progressives, qui sont, dans tous les domaines juridiques, la caractéristique du droit commercial. Ce sont ces règles moins rigides, dégagées par les commercialistes du Moyen-Age, et développées encore par les codes, et par la science moderne, ces règles à peu près identiques dans toutes les législations, puisqu'elles sont nées des mêmes besoins pratiques, que nous avons cru

intéressant de rapprocher ici dans une étude d'ensemble.

Vu :

Le Professeur Président de la Thèse,

DANJON.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,

EDMOND VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Université de Caen,

E. ZEVORT.



TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Bibliographie	5
Introduction.....	7

PREMIÈRE PARTIE

Des obligations du commissionnaire envers le com- mettant	17
Chapitre premier. — De l'obligation d'exécuter les ordres du commettant.....	21
§ I. — Nature et étendue de cette obligation..	23
§ II. — Nature et étendue des instructions données par le commettant.....	28
Art. 1. — Des conditions facultatives..	30
Art. 2. — Des conditions impératives..	33
Art. 3. — Des conditions indicatives...	36
§ III. — Portée de la responsabilité du com- missionnaire qui s'écarte des ordres reçus..	40
Art. 1. — Cas où le commissionnaire a acheté à un prix supérieur à celui fixé par le commettant	40
Art. 2. — Cas où le commissionnaire a vendu à crédit alors qu'il devait le faire au comptant.....	48
§ IV. — Des actes accessoires à l'opération ...	54
§ V. — De l'assurance en matière de com- mission	57

	Pages
§ VI. — Le commissionnaire a-t-il le droit de de faire pour lui-même l'opération dont il est chargé?.....	64
§ VII. — De la substitution en matière de commission	74
Art. 1.— Cas où le contrat n'autorise ni ne défend la substitution	74
(a) Le commissionnaire a la possibilité de faire l'opération a lui confiée.	75
Art. 2 (b).—Le commissionnaire est empêché par cas fortuit ou force majeure d'exécuter l'opération	78
Art. 3.— Cas où la substitution a été autorisée	81
Art. 4. — Cas où toute substitution est pro- hibée	82
Chapitre II. — De l'obligation de renseigner le com- mettant	89
Chapitre III. — De l'obligation de rendre compte	101
Chapitre IV. — Des obligations spéciales au commi- sionnaire Ducroire.....	119
§ I. — Utilité de la convention Ducroire et his- torique de cette convention.....	120
§ II. — Des effets de la commission Ducroire et de la situation juridique du commission- naire de ce nom.....	125
§ III. — Nature juridique de la convention Ducroire	134
1° La commission Ducroire comparée à l'assurance et au cautionnement.....	134
2° La commission Ducroire et la com- mission ordinaire.....	139
IV. — Droit comparé.	141

DEUXIÈME PARTIE

Des obligations du commettant envers le commissionnaire.....	145
Chapitre premier. — De l'obligation de payer le droit de commission	147
§ I. — Quand un droit de commission est-il dû ?	147
§ II. — Taux et mode de fixation du droit de commission	150
§ III. — A quelle époque le droit de commission est-il dû et quelles causes peuvent en modifier la fixation ?	159
Chapitre II. — De l'obligation de rembourser le commissionnaire de ses frais et avances.....	165
Chapitre III. — De l'obligation de rendre le commissionnaire indemne des obligations contractées et des pertes éprouvées.....	171

TROISIÈME PARTIE

Des garanties accordées par la loi au commissionnaire et au commettant	179
--	-----

TITRE I

Des garanties attachées au droit du commissionnaire	181
Chapitre premier. — Du privilège	183
§ I. — Origine du privilège.....	185
§ II. — Nature du privilège	191
§ III. — Des conditions d'existence du privilège et des objets sur lesquels il porte	192
§ IV. — Au profit de qui le privilège existe-t-il ?.....	206
§ V. — De l'objet du privilège et des créances qu'il garantit	215

	Pages
§ VI. — Des effets du privilège et de son rang	223
Chapitre II. — Du droit de rétention et de la revendication.....	235
1° Du droit de rétention	235
2° De la revendication.....	241
Chapitre III. — De la solidarité des commettants	247
Chapitre IV. — Des sûretés accordées au commissionnaire par les lois étrangères.....	251

TITRE II

Des garanties accordées par la loi au commettant...	265
Chapitre premier. — De la revendication du commettant	267
§ I. — De la revendication des marchandises .	268
§ II — De la revendication du prix des marchandises vendues.....	276
§ III. — De la revendication des effets et titres	283
Chapitre II. — De la solidarité des commettants.....	289





